

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

JÚLIA FRANCIELI NEVES SCHERBAUM

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: INSTRUMENTOS DE
TRANSFORMAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA**

SÃO LEOPOLDO

2019

Júlia Francieli Neves Scherbaum

A Constitucionalização dos Direitos sociais:
Instrumentos de transformação da ordem democrática

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Leonel Severo Rocha
Coorientador: Prof. Dominique Rousseau

São Leopoldo

2019

S326c Scherbaum, Júlia Francieli Neves

A Constitucionalização dos direitos sociais: instrumentos de transformação da ordem democrática / Júlia Francieli Neves Scherbaum-- 2019.

225 f. ; il. ; color. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha; Coorientador: Prof. Dr. Dominique Rousseau.

1. Direito. 2. Democracia. 3. Direito constitucional. 4. Direito do trabalho. 5. Direito social. 6. Sistema do direito. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo. II. Rousseau, Dominique.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, INSTRUMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA**”, elaborada pela doutoranda **Júlia Francieli Neves Scherbaum**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 17 de janeiro de 2019.


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

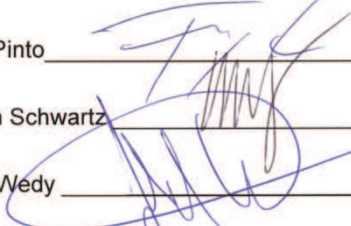
Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

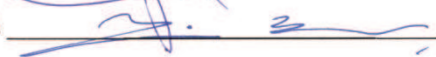
Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 

Coorientador: Dr. Dominique André Rousseau *(Participação por Webconfência)*

Membro: Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto 

Membro: Dr. Germano André Doederlein Schwartz 

Membro: Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy 

Membro: Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch 

Dedico esta tese à minha mãe Onoria, que sempre me mostrou a educação como o caminho transformador da vida, me apoiando nos momentos mais difíceis para que esse sonho se concretizasse.

AGRADECIMENTOS

Mais do que nunca, acredito no dito popular que tese não se termina, se entrega. Como já dizia Clarice Lispector, escrevo como se fosse para salvar a vida de alguém. Provavelmente a minha própria vida.

Agradeço à minha família, pelo exemplo contínuo. À minha mãe que acredita no melhor da humanidade aos meus irmãos que sempre me apoiaram em especial meu irmão Joelsio, grande advogado e parceiro, ao meu irmão Onoel que considero meu pai, por estar ao meu lado em importantes momentos da minha vida, à minha cunhada e querida amiga Neirelise Buske, fonte de inspiração e dedicação. Obrigada por tudo.

Ao professor Dr. Leonel Severo Rocha, meu eterno orientador e a quem sou extremamente grata, com sua estimulação, sua dedicação e que me ensinou diferentes formas de observar, me proporcionando a internacionalização dos meus estudos.

“Quem é professor nato considera cada coisa apenas em relação aos seus alunos inclusive a si mesmo”¹. Esta frase representa a coragem para transcender o nosso modo de ser, como um modo de consciência que observa o mundo sem definir as coisas como boas ou más, e sim aprendendo como se revelam para nós. Quem sabe podemos chamar essa condição de uma “grande lucidez”.

Ao professor M. Dr. Dominique Rousseau que me coorientou com seus ensinamentos, compreensão e dedicação durante três meses: de setembro à novembro de 2018, na *Doutoral na Ecole de droit de la Sorbonne faculdade de Direito Université Paris I panthéon-sorbonne*. Do qual participei de importantes discussões filosóficas, bem como do *cours du m2 droit constitutionnel et droits fondamentaux*.

À faculdade de Direito *Université Paris I panthéon-sorbonne*, que me proporcionou a internacionalização dos meus estudos e a participação como professora visitante e pesquisadora.

À biblioteca da Universidade de *Institut des sciences juridique & philosophique de la Sorbonne Paris I*. Pelas infindáveis tardes de estudos.

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal - 31. 3ª edição. Editora Escala, 2011. p. 62.

À Biblioteca Interuniversitária CUJAS de droit que me oportunizaram pesquisas bibliográficas, análises de textos constitucionais franceses, decisões judiciais francesas e doutrina francesa.

À *Universitária em Harvard Law Brazilian Association Legal Symposium*, que realizei curso em abril de 2018, que tratava sobre “a democracia no século XXI”.

À *Universitária na Instituição Berkeley Law University Of California*, de Introduction to Fundamentals of U.S. Law, da qual realizei curso de extensão em 2017, sendo analisados estudos de casos jurisprudenciais.

Agradeço também ao querido professor Wilson Engelmann, mestre iluminado, que me ensinou a metodologia da pesquisa, instigador e crítico. Ao professor Darci Guimarães Ribeiro pelo incentivo.

Ah, ainda se faz necessário agradecer aos amigos especiais que a academia me permitiu conhecer e cultivar. Não tenho palavras para expressar o quanto sou grata pela presença de vocês em meus caminhos...

Ao amigo Paulo Júnior Trindade dos Santos por todas as palavras ditas nos momentos mais necessários, todo o apoio e carinho e também a iluminada amiga Francielle A. Tybusch, pessoa de imenso coração e de enorme inteligência, obrigada por todas as parcerias, que sigamos sempre unidas. A amiga querida Marcia, companheira de jornada.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, especialmente aos queridos Vera e Ronaldo pelo excelente trabalho realizado, sempre com dedicação e disponibilidade, e que dividiram comigo tanto os bons momentos quanto aqueles mais difíceis.

À CAPES, pela concessão da bolsa, que auxiliou e permitiu o desenvolvimento deste doutorado.

Enfim, agradeço a todos que me auxiliaram, de uma maneira ou de outra, a acreditar que seria possível a conclusão desta importante etapa.

“(...) a democracia é um regime inacabado e cuja incompletude se constitui na medida em que mostra sua capacidade de acolher o conflito permitindo a indeterminação do social.”²

² LEFORT, Claude. **L’Invention démocratique**. Paris: Fayard, 1981.

RESUMO

O movimento constitucional e o movimento democrático nasceram e se desenvolveram ao mesmo tempo a partir de dois princípios convergentes. Primeiro, o princípio de que, para ser democrático, o poder que o povo delegava aos seus representantes tinha de ser definido e organizado por uma constituição escrita formal. Segundo, o princípio de que, para ser democrático, o poder político deve ser limitado pela obrigação de respeitar as liberdades dos indivíduos na constituição. Assim, a democracia política foi gradualmente estabelecida pela escrita de constituições articulando esses dois princípios. E ainda hoje, quando as pessoas se libertam dos regimes autoritários (Brasil em 1988, Portugal em 1974, Estados da Europa Oriental na década de 1990, Tunísia em 2011, França em 1870...), reescrevem uma constituição que impõe esses dois princípios aos novos governantes. Esses dois movimentos constitucionais e democráticos foram modificados juntos quando o direito de voto foi generalizado e, de acordo com as palavras de Tocqueville, "as massas entraram no jogo político". Depois surgiram partidos políticos e grupos parlamentares que transformaram o significado da constituição, sua prática e, portanto, a forma democrática. Hoje, novamente, a forma democrática poderia ser modificada por um movimento que incorporaria os direitos sociais à constituição. A hipótese desse trabalho de doutorado é que, se a constitucionalização dos direitos civis e políticos produziu a forma política da democracia, a constitucionalização dos direitos sociais poderia produzir a forma social ou "contínua" da democracia. À lei que é a marca pela democracia política responderia ao contrato que seria a marca da democracia contínua. O Parlamento, que é a instituição da democracia política, responderia aos juízes que seriam a instituição da democracia contínua. Para o cidadão abstrato, que é a marca da democracia política, responderia aos cidadãos concretos que seriam a marca da democracia contínua. Esta apresentação não significa que o contrato substitui a lei ou que os juízes substituem o Parlamento. Da mesma forma, a democracia contínua não substitui a democracia política. O constitucionalismo social é articulado ao constitucionalismo político para produzir uma forma complexa ou mista de democracia.

Palavras-chave: Democracia. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Direito social. Sistema do Direito.

ABSTRACT

The constitutional movement and the democratic movement were born and developed at the same time from two converging principles. First, the principle that, in order to be democratic, the power delegated to its representatives by the people had to be defined and organized by a formal written constitution. Second, the principle that, to be democratic, political power must be limited by the obligation to respect the freedoms of individuals in the constitution. Thus, political democracy was gradually established by the writing of constitutions articulating these two principles. And even today, when people free themselves from authoritarian regimes (Brazil in 1988, Portugal in 1974, Eastern European states in the 1990s, Tunisia in 2011, France in 1870, ...), they rewrite a constitution imposing such. These two constitutional and democratic movements were modified together when voting rights were generalized and, in Tocqueville's words, "the masses entered the political game." Then political parties and parliamentary groups emerged that transformed the meaning of the constitution, its practice, and therefore the democratic form. Today, the democratic form could be modified by a movement that would incorporate social rights to the constitution. This hypothesis of doctoral work is that if the constitutionalization of rights civil and political forms produced the political form of democracy, the constitutionalization of social rights could produce the form s or "continuous" democracy. The law that is the mark for political democracy would respond to the contract that would be the mark of continuous democracy. Parliament, which is the institution of political democracy, would answer to the judges who would be the institution of continuous democracy. For the abstract citizen, who is the hallmark of political democracy, he would respond to the concrete citizens who would be the mark of continuous democracy. This presentation does not mean that the contract replaces the law or that the judges replace Parliament. Likewise, continuous democracy does not replace political democracy. Social constitutionalism is articulated to political constitutionalism to produce a complex or mixed form of democracy.

Key-words: Democracy. Constitutional right. Labor Law. Social law. System of Law.

RESUME

Le mouvement constitutionnel et le mouvement démocratique sont nés et se sont développés en même temps à partir de deux principes convergents. D'abord, le principe selon lequel, pour être démocratique, le pouvoir que le peuple délègue à ses représentants devait être préalablement défini et organisé par une constitution formelle écrite. Ensuite, le principe selon lequel, pour être démocratique, le pouvoir politique doit être limité par l'obligation de respecter les libertés des individus inscrits dans la constitution. Ainsi, s'est installée progressivement la démocratie politique par l'écriture de constitutions articulant ces deux principes. Et, aujourd'hui toujours, quand des peuples se libèrent de régimes autoritaires (Brésil en 1988, Portugal en 1974, Etats d'Europe de l'Est dans les années 1990, Tunisie en 2011, France en 1870, ...), ils réécrivent une constitution qui impose ces deux principes aux nouveaux gouvernants. Ces deux mouvements constitutionnel et démocratique ont été modifiés ensemble quand le droit de vote a été généralisé et que, selon le mot de Tocqueville, « les masses sont entrées dans le jeu politique ». Alors sont nés les partis politiques et les groupes parlementaires qui ont transformé la signification de la constitution, sa pratique et par conséquent la forme démocratique. Aujourd'hui, à nouveau, la forme démocratique pourrait être modifiée par un mouvement qui intégrerait dans la constitution les droits sociaux. L'hypothèse de ce travail doctoral est que si la constitutionnalisation des droits civils et politiques a produit la forme politique de la démocratie, la constitutionnalisation des droits sociaux pourrait produire la forme sociale ou « continue » de la démocratie. A la loi qui est la marque de la démocratie politique répondrait le contrat qui serait la marque de la démocratie continue. Au Parlement qui est l'institution de la démocratie politique répondrait les juges qui seraient l'institution de la démocratie continue. Au citoyen abstrait qui est la marque de la démocratie politique répondrait les citoyens concrets qui seraient la marque de la démocratie continue. Cette présentation ne signifie pas que le contrat remplace la loi ou que les juges remplacent le Parlement. De même la démocratie continue ne remplace pas la démocratie politique. Le constitutionnalisme social s'articule avec le constitutionnalisme politique pour produire une forme complexe ou mixte de la démocratie.

Mots-clés: démocratie. Droit constitutionnel. Droit du travail. Droit social. Système de droit.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Reclamações trabalhistas	59
Figura 2 - Pedidos por dano moral	61
Figura 3 - Geração de empregos no Brasil	62
Figura 4 - Evolução da taxa de desemprego.....	63
Figura 5 - Arrecadação sindical.....	64
Figura 6 - Negociações coletivas	65
Figura 7 -Temas discutidos com mais frequência após a reforma trabalhista.....	65
Figura 8 - Porcentagem dos Franceses que consideram as seguintes reformas satisfatórias ou não:	67
Figura 9 - Entre as várias reformas empreendidas desde o início do período de cinco anos, quais as mais satisfeitas / desagradadas? Há 3 respostas possíveis:	67
Figura 10 - Exemplos da realidade trabalhista brasileira:.....	154
Figura 11 - Apoio para os coletes amarelos das províncias de Paris.....	189
Figura 12 - Manifestante veste colete amarelo com os dizeres “Macron cai fora” – Foto: Sylvain Thomas/AFP	190
Figura 13 - Só no último sábado, 264 pessoas ficaram feridas e mais de 1,7 mil pessoas foram presas durante a manifestação na França – Foto Francois Nascimbeni/AFP.....	190
Figura 14 - O movimento de "coletes amarelos" no meio das mobilizações mais aprovado pelos franceses	191
Figura 15 - O que você acha dos protestos contra a reforma do código trabalhista por ordem anunciada pelo governo de Édouard Philippe?.....	193

LISTA DE SIGLAS

<i>ANI</i>	Acord nacional interprofissional
<i>APD</i>	Arquivo de filosofia do direito
art.	artigo
ass.	Assemblée
<i>Ass. Nat.</i>	Assembleia Nacional
<i>ass. plén.</i>	Assemblée plénière
<i>Bibl.</i>	Biblioteca
BO	Bulletin officiel
<i>Bull.</i>	Bulletin
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Código
C. ass	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. conso	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
<i>Cah.</i>	Cahiers
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise (supplément du JCP E)
<i>Cah. DRH</i>	Les cahiers du DRH
<i>Cah. Lamy CE</i>	Cahiers Lamy du Comité d'entreprise
<i>Cah. soc.</i>	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	cronica
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
Coll.	Collection
comm.	commentaires
comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	En sens contraire
coord.	Ouvrage coordonné par
CFP	Cahiers de la fonction publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>C. aff.</i>	Dalloz affaires
DC	Décision du Conseil constitutionnel (Déclaration de conformité)
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois

<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Directive
dir.	sous la direction de
<i>Dr. et sociétés</i>	Droit et sociétés
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. trav.</i>	Droit du travail
<i>Dr. ouvrier</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
éd.	juridiques édition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
ex.	exemplo
fasc.	fasciculo
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
in	dans
<i>infra</i>	Au-dessous
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique (Semana juridica) éd. entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique (Semana jurídica) éd. générale
<i>JCP S</i>	Juris-classeur périodique (Semana jurídica) éd. sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
juris.	Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
n°	numéro
not.	notamment
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUC	Presses universitaires de Caen
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
PU Rouen	Presses universitaires de Rouen
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
PUSE	Presses universitaires de Saint-Étienne
PUTC	Presses de l'université Toulouse Capitole
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
rappr.	À rapprocher de
<i>RCP-ACCP</i>	Revue Contrats publics Actualité de la commande et des contrats publics
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier

<i>RDP</i>	Revue de droit public
Rec.	Recueil
<i>RD. pén. crim.</i>	Revue de droit pénal et de criminologie
<i>Rev. Crit. Légis. Juris.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. jur. éco. publ.</i>	Revue juridique de l'économie publique
<i>Rev. Pol. et Parl.</i>	Revue politique et parlementaire
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RFFP</i>	Revue françaises de finances publiques
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy Droit des affaires
<i>RMUE</i>	Revue du marché commun et de l'Union européenne
<i>RPDS</i>	Revue pratique de droit social
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
<i>SSL</i>	Semaine sociale Lamy
suppl.	Supplément
<i>supra</i>	Au-dessus (plus haut)
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale
trad.	Traduction
v.	Ver
vol.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 PRIMEIRA PARTE: UMA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL BASEADA NO CONTRATO E NÃO NA LEI	28
2.1 Título 1. Diálogo social, uma nova fonte de direito do trabalho.....	31
2.1.1 Capítulo 1. Como surgiu o diálogo social como fonte do direito do trabalho?	33
2.1.2 Capítulo 2. Qual é a situação atual da relação entre o contrato e a lei na França e no Brasil?	53
2.2 Título 2. A constitucionalização do diálogo social.....	74
2.2.1 Capítulo 1. As propostas para incluir na constituição a obrigação do diálogo social como um pré-requisito para a lei na França e no Brasil.....	76
2.2.2 Capítulo 2. Vantagens e desvantagens da constitucionalização do diálogo social	94
3 SEGUNDA PARTE: UMA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL RENOVANDO A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	113
3.1 Título 1. Nova importância dada aos juízes	116
3.1.1 Capítulo 1. O papel especial dos juízes constitucionais brasileiros e franceses. .	118
3.1.2 Capítulo 2. O papel da justiça do trabalho.....	138
3.2 Título 2. Uma democracia renovada: democracia contínua	165
3.2.1 Capítulo 1. Uma democracia renovada nas suas instituições	167
3.2.2 Capítulo 2. Uma democracia renovada por seus atores.....	182
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	202
REFERÊNCIAS.....	213

1 INTRODUÇÃO

A democracia política nasceu e se desenvolveu com as constituições dos direitos civis e políticos, da liberdade individual, da liberdade de opinião, entre outros. A inclusão em constituições de direitos sociais, como o direito do trabalho, a liberdade de associação, o direito de participação, daria origem à social-democracia ou, como propõe o professor Dominique Rousseau, "a democracia contínua".

Esses novos desafios de um direito constitucional que ultrapassam as fronteiras dos respectivos estados tornaram-se diretamente relevantes para outras ordens jurídicas. Pois, o direito trabalhista está plenamente integrado ao movimento de constitucionalização que afeta todos os ramos do direito privado. Essa é a hipótese que se pretende discutir no âmbito do estudo do Brasil e da França.

Nos últimos tempos denota-se uma mudança substancial no direito, que foi a passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, essa mudança foi muito relevante, pois o direito comum, o ponto de observação geral da vida, vai deixando de ser o direito privado do direito civil e vai passando a ser a constituição. Portanto a própria dualidade entre Direito público e Direito Privado é relativamente atenuada, por este novo mundo em que a constituição passa progressivamente para o centro do sistema jurídico, lê-se, portanto o direito do trabalho a luz da constituição.

Com a expansão da jurisdição constitucional, no mundo de uma maneira geral, muitos países europeus passaram a adotar Tribunais Constitucionais e a permitir o controle de constitucionalidade das leis. O modelo europeu tradicional era de centralidade da lei e de supremacia do parlamento, pois não havia Tribunal Constitucional. Portanto, na França em 1958, surgiu o Conselho Constitucional alterando o modelo de centralidade da lei e de absolutismo do parlamento para o modelo de centralidade da constituição e de supremacia judicial na interpretação da constituição¹. No Brasil, o controle de constitucionalidade torna-se verdadeiramente importante a partir da Constituição Federal de 1988.

¹ Para mais desenvolvimentos, *vide*, entre outros, FAVOREU e PHILIP, L. **Le Conseil Constitutionnel**, PUF, 1980; BURDEAU, HAMON e TROPER, **Droit Constitutionnel**, 25ª ed., L.G.D.J.; PIERRE, Avril

De modo, que neste universo de expansão do direito constitucional, com a constitucionalização do direito, com a vinda do texto constitucional de muitas normas próprias do direito infraconstitucional, por exemplo: o texto constitucional, é repleto de um conjunto de normas relevantes do direito do trabalho. Portanto, a constituição deve interpretar as categorias e os institutos de todos os outros ramos do direito o que significa que os importantes princípios passam a condicionar o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais, que vale para o direito do trabalho, que tem sido a ocasião de enriquecimento do direito constitucional.

De fato, embora a relação hierárquica entre a Constituição e as normas legais ou infralegais efetivamente induza uma sujeição do direito do trabalho à Constituição. No sistema jurídico há um problema na teoria Kelseniana, referente à hierarquia das leis, essa antropologia se desmorona, quando é analisado primeiro o contrato e depois a lei, não há um problema técnico, nesse caso a lei é um contrato. Portanto as normas não são mais piramidais, mas sim horizontais, seria uma rede de conexão.

De modo que acontece o novo direito constitucional que se desenvolveu na Europa, ao longo da segunda metade do século XX. Um fenômeno global, que tem como marco filosófico o pós-positivismo, ou seja, a superação da filosofia jurídica positivista, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional, inclusive no direito do Trabalho.

Por consequência desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional, com o alcance da interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.

Nesse sentido, o direito do trabalho está em perfeita harmonia com um movimento geral de constitucionalização dos ramos do direito: a legislação trabalhista

e GICQUEL, Jean. **Le Conseil Constitutinnel**, Paris, 1992 e também uma curta, mas interessante, referência in PIERRE Bon, **La légitimité du Conseil**, ob. cit., pp. 141-142.

é objeto de constitucionalização e fonte de constitucionalização. Reconhecer o valor constitucional do diálogo social aumentará consideravelmente a constitucionalização do direito do trabalho, causando uma mudança nas relações sociais, por exemplo, entre a lei, o acordo e o acordo coletivo.

A hipótese de uma transição de uma forma de democracia para outra forma sob o efeito da constitucionalização dos direitos sociais é, portanto, justificada por uma comparação com o momento em que o sufrágio universal foi introduzido. A generalização do direito de voto provocou uma ruptura nas representações políticas, algumas temendo as paixões do povo, outras vendo o sufrágio universal como meio de integrar o povo no sistema (o voto em vez do rifle).

E com o sufrágio, a democracia política foi estabelecida e mais precisamente a democracia eleitoral. Segundo Rosanvalon, o sufrágio universal era a grande questão desde o século XIX e “é em torno dela que se polarizaram os fantasmas sociais, as perplexidades intelectuais e os sonhos políticos”². Atualmente, a forma eleitoral ou representativa está em crise como o sufrágio universal não é mais ligação entre governados e governantes³.

Mas, esta crise não é a crise da democracia; mas a forma eleitoral da democracia. Outra forma é possível? Nasceria com direitos sociais e, mais particularmente, com a inclusão deles na constituição, o que produziria uma nova forma de democracia. A constitucionalização dos direitos políticos deu origem à democracia política, a constitucionalização dos direitos sociais levaria a uma democracia contínua.

Portanto, esta crise potencializa a importância do debate, na teoria constitucional e na teoria filosófica acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do

² ROSANVALLON, Pierre. L. **Le sacre du citoyen**: histoire du suffrage universel en France. Paris: Gallimard, 1992, p.12-13.

³ CANFORA, Luciano, SHAM. **Democrática**, FLAMMARION, 2003; ver também: GARRIGOU, Alain, **História Social do sufrágio universal na França (1848-2000)**, Pontos / Seuil, 2002. ROSANVALLON, P. **O coração do cidadão, história do sufrágio universal na França**, Gallimard, 1992. YVES, Sintomer, **curta história de experimentação democrática, descoberta / bolso**, 2011.

Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, bem, como na França que passa pela crise de representatividade, passando não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

Tal realidade tem como consequência no Brasil, principalmente desde 2016-2018, o sistema de proteção do trabalho está sendo reformulado, porém, o trabalhador não é o protagonista do mundo do trabalho, pois não há participação popular e nem representatividade, isto está ocorrendo não só pela reforma trabalhista, regida pela lei 13.467/17, mas, principalmente, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Já a França está passando pelo momento "do colete amarelo". Observa-se a desarticulação do sistema representativo, uma nova forma de sociedade política, que resiste e se defende pelo uso da força, mas também a ideia de um novo regime com instituições representativas que sejam mais democráticas. "Emerge o princípio de legitimidade, o da ação contínua dos cidadãos, fora dos domingos eleitorais, nos assuntos do Estado, de sua Região, de sua profissão, da Europa, do mundo para construir as pessoas comuns e não o isolamento dos povos"⁴. Visando "a solidariedade, ajuda mútua, interdependência, cooperação, que são todos valores que rompem com os impostos pelo sistema liberal"⁵.

Entretanto, o constitucionalismo democrático foi a sonhada ideologia "triumfante" no Século XX. É nele que se condensam as grandes promessas, basta analisar as formas de igualdade entre os homens e as mulheres, a liberdade individual, são entre outros, valores constitucionais que a exclusão e as injustiças sociais revelam-se ineficazes⁶.

Diante dessa insuficiência das promessas constitucionais e a miséria do mundo nasce à possibilidade de uma crítica da positividade social, crítica à autoridade reforçada pelo fato de poder se enraizar não em outro lugar ideológico, mas

⁴ROUSSEAU D. **Les Gilets Jaunes: crise politique ou crise de régime?** Disponível: <<<https://aoc.media/opinion/2018/12/11/gilets-jaunes-crise-politique-crise-de-regime/>>>, Acesso: 13 dez. 2018.

⁵*Ibid.*

⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

diretamente nos valores enunciados pela constituição. Assim, os valores constitucionais permitem ao ser humano a capacidade de tomar consciência do estatuto de cidadão, isto é, de sujeito de direito autônomo, capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história, de refleti-la, de discuti-la e de pensá-la⁷.

A pesquisa utiliza o método comparado entre Brasil/ França. Do ponto de vista epistemológico, o direito comparado apresenta-se como uma disciplina jurídica autônoma, destinada a compreender os diferentes sistemas jurídicos, tanto em suas semelhanças quanto em suas diferenças.

No que diz respeito ao direito constitucional, Paolo Biscaretti di Ruffia propôs quatro objetivos para o direito constitucional comparativo⁸: Primeiro, o desejo de enriquecer a doutrina constitucional de um país através de estudos sobre os sistemas dos estados contemporâneos e também organizações políticas do passado; a complexidade do mundo contemporâneo, os diferentes processos de globalização e a necessidade de aprofundar o conhecimento de outros povos transformaram esse requisito puramente cultural em um meio de entender melhor outros fenômenos sociais, políticos e especialmente legais⁹.

Em seguida, o desejo de provocar uma reflexão crítica e uma reavaliação das instituições jurídicas nacionais a partir de uma comparação com as demais ordens constitucionais. Ainda assim, o desejo de servir a política legislativa do país pela análise da experiência legislativa em outros sistemas constitucionais. Finalmente, o objetivo de promover a harmonização dos sistemas constitucional e legislativo.

Estes quatro objetivos são relevantes ainda hoje e pode servir como um guia para da tese. Note-se que estes objetivos que promovem a investigação em Direito Comparado da harmonização ou unificação, convida para reexaminar a relevância do princípio da soberania nacional que funciona como uma análise "espontânea" para a produção de lei e em particular o direito social constitucional. Assim, ele pode ser um

⁷ *Ibid.*

⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al diritto comparato**, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1988, p. 79-81.

⁹ A mesma ideia já foi apoiada por: RENÉ, David. **Le droit comparé : enseignement de culture générale**. RIDC – Revue internationale de droit comparé, Vol. 2, n. 4, 1950, p. 682-685.

obstáculo epistemológico para a compreensão do processo de integração regional e o desenvolvimento de um constitucionalismo transnacional¹⁰.

Nesse sentido, o estudo comparado nestes dois países oferece uma oportunidade para trocas recíprocas, será pesquisado o fortalecimento da legislação social no Brasil e na França, como um fenômeno Global. Percebe-se que tanto no Brasil, quanto na França ocorreram reformas trabalhistas em 2017, que se assemelham na área de constitucionalização do direito do trabalho relacionadas com a liberdade de contratos de trabalho e acordos coletivos. Na França, a entrada em vigor da questão prioritária de constitucionalidade e a emergência dos direitos fundamentais em disputas trabalhistas tem reapertado às ligações entre o direito constitucional e direito do trabalho.

Percebe-se atualmente que no Brasil, há um processo amplo de judicialização associada à ascensão do poder judiciário. A judicialização é uma certa transferência do poder político tradicional, o executivo e o legislativo para o judiciário, o legislativo que passa a dar a última palavra com questões éticas, políticas, com suas vantagens e desvantagens. Portanto, no Brasil existe uma explosão de judicialidade, que tem um aspecto positivo, pois as pessoas tomaram-se mais consciências dos seus direitos e o judiciário oferece credibilidade.

Mas tem também o lado negativo, que o judiciário não tem estrutura para atender esse aumento exponencial de litigiosidade. Contudo, a solução não é multiplicar o número de juízes, nem fazer restrições de acesso à Justiça do Trabalho como foi feita na reforma trabalhista de 2017 no Brasil, que afronta à autonomia funcional do Poder Judiciário Trabalhista, tratado de forma diferente das demais Justiças.

¹⁰ Veja por exemplo: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional.** Revista de Investigações Constitucionais, vol. 3, n. 3, 2016, p. 141-166; TEUBNER, Günther. **Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization,** Oxford, Oxford University Press, 2012; ROCHA, L. S. **Paradoxos da auto-observação percursos da Teoria Jurídica Contemporânea.** 2ª ed., Ijuí, Editora: Unijuí. 2013.

Mas sim compreender a mudança cultural, que o advogado de sucesso e de qualidade, não é o que propõem uma ação, mas aquele que é capaz de negociar e encontrar mecanismos alternativos para tratar dos problemas.

Desta forma, a constitucionalização impacta o Direito do Trabalho, principalmente com relação ao negociado sobre o legislado, portanto as pessoas estabelecem as suas próprias regras na empresa, sem precisar do Estado, há uma Revolução Jurídica, do qual a legislação trabalhista alimenta o movimento de constitucionalização.

Contudo, se não houver representatividade democrática, principalmente perante os trabalhadores, tendo em vista a relação de hierarquia (empregado e empregador), para análise do novo sistema do direito do trabalho com relação ao negociado sobre o legislado, e o direito de “livremente” negociarem mediante acordo ou convenção coletiva, sobre diversos direitos, poderá ter a vontade do empregado restringida.

Ocorrendo, na prática, tal previsão, de falta de representatividade, poderá levar a *pejotização* das condições do trabalhador, como por exemplo: destaca-se a questão das fraudes na contratação. Tendo em vista o artigo 9º da CLT¹¹, não se pode impedir que cheguem à Justiça as alegações de fraudes contratuais. Desta forma, deve haver maior representatividade dos trabalhadores para que seja respeitado, o *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, como princípio protetor do Trabalhador, relata que salvo “*melhores condições*” negociadas por acordo ou convenção coletiva.

No dia 11 de novembro, decorrido o primeiro ano da reforma trabalhista brasileira, lei 13.467/17, observa-se a necessidade de uma transição de uma forma de democracia para outra forma sob o efeito da constitucionalização dos direitos sociais, com maior segurança jurídica nas relações de trabalho, pois atualmente está em construção pelos tribunais que irão analisar as novas regras de acordo com a sua interpretação.

¹¹ **Art. 9º** - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Na atual forma da sociedade, com a presença permanente do risco, percebe-se o inevitável paradoxo, que se impõe colocando a importância de uma nova racionalidade para a tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica, que desbloqueiam a comunicação jurídica. Nessa ordem de raciocínio, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova forma de sociedade, centrada no postulado de que a complexidade é uma das categorias fundamentais para a sua observação. Nota-se a necessidade de uma transformação da política e do Direito¹².

Portanto há uma demanda por se encontrar um ponto de equilíbrio entre a necessária proteção dos hipossuficientes e a superação de uma cultura paternalista. E o Constitucionalismo Social pode ser uma base que pode ser verificado não somente o conteúdo da lei, mas também analisar as discussões sociais com a sociedade, articulada com constitucionalismo político para produzir uma nova forma de democracia. A problemática desse trabalho de doutorado é: Se a constitucionalização dos direitos civis e políticos produziu a forma política da democracia, será que a constitucionalização dos direitos sociais poderia produzir a forma social ou "contínua" da democracia?

Neste sentido, a fundamentação para o plano de tese, é o estudo que visa dar as chaves para entender a transição de uma forma de democracia para outra forma, analisando as discussões políticas e as pressões sociais pela busca de direitos, associadas a análise social, a reforma trabalhista de 2017 do Brasil/ França. A partir do momento em que o Estado converte sua estrutura do contrato sob o legislado construísse outra identidade de classe dos trabalhadores. E, portanto, estudam-se os dois elementos que favorecem essa passagem e a resistência, os obstáculos epistemológicos que retardam ou criticam essa passagem. Essa tensão epistemológica será apreendida por uma crítica de textos constitucionais, legislação e jurisprudências constitucionais e sociais.

Desta forma, a tese será dividida em duas partes, tendo em vista que a hipótese da transição de uma forma de democracia para outra forma será discutida em torno

¹² ROCHA, L. S. **Paradoxos da auto-observação percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. 2ª ed., Ijuí, Editora: Unijuí. 2013. p. 44.

de duas questões: A primeira parte é da passagem da lei ao contrato para (re) encontrar a configuração constitucional democrática. A partir de reflexões sobre as transformações do direito Constitucional e direito Social e seus momentos históricos, contextualizando a formação e transformação do discurso constitucional e a estrutura da jurisdição constitucional contemporânea.

Possibilitando a utilização destes mecanismos pela sociedade, tidos como instrumentos com potencial para promover uma maior integração e reflexão das questões sociais. Rocha afirma que a epistemologia jurídica é um espaço em permanente construção, cujos limites, paradoxalmente, quanto mais se determinam e objetivam, mais produzem lacunas e vazios. Portanto analisam-se as mudanças históricas do saber jurídico, onde a epistemologia aproxima-se da democracia e inserção social¹³.

Serão analisadas, as últimas reformas trabalhistas que ocorreram em 2017 tanto na França como no Brasil, que tem o objetivo declarado de dar prioridade à negociação coletiva e dar mais espaço e força ao acordo coletivo, como a nova posição dos sindicatos tanto em suas relações com a lei como em suas relações com o contrato individual de trabalho. Esta rearticulação de fontes em torno de uma redefinição do diálogo social é susceptível de ter um impacto sobre a constitucionalização do direito do trabalho. Ao mesmo tempo, o legislador procura aumentar tanto a flexibilidade das relações de trabalho quanto à adaptabilidade da norma jurídica às situações da empresa e do empregado. Esta nova definição de diretrizes do direito do trabalho deve ser confrontada com as contribuições da jurisprudência constitucional.

E a segunda parte é da passagem de uma representação política para uma representação social. Uma configuração constitucional baseada no contrato e não na lei, para (re) encontrar a configuração constitucional democrática, com o estudo do tema da constituição e direito do trabalho. Busca interpretar as capacidades institucionais e processo decisório da jurisdição constitucional, apontando uma crise de representação e necessidade de construção de um novo espaço-temporal para o

¹³ ROCHA, L.S. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003.

Direito Constitucional democrático, mais efetivo, inclusivo, dialético, reflexivo, dialógico, de disputabilidade e aberto.

No momento em que o Estado, enquanto programador do Direito deixa de ser o centro de organização da política e deixa de ser o fundamento único de validade da lei, o Judiciário, em vez de simplesmente aplicar a programação condicional que caracteriza um sistema fechado, necessita recorrer às fundamentações extra estatais e toma-o decisões de outro tipo, que é através da programação finalística que caracteriza um sistema aberto. A complexidade da produção de sentido do Direito como paradoxo torna-se, assim, uma condição para a observação da comunicação do Direito, uma vez que esta constitui a capacidade da linguagem e da evolução social¹⁴.

Aponta-se que o constitucionalismo e o direito do trabalho terá que enfrentar a questão dos diálogos constitucionais, de interpretação substantiva. E defende-se um novo arranjo institucional que, por sua designação, por seus procedimentos de decisão, por seus mecanismos de controle, permanecem abertos e conectados à energia social que os produziu, de deliberação e debate e de argumentação forte. Ou seja um novo regime democrático a partir da ação contínua dos cidadãos no desenvolvimento e monitoramento de políticas públicas.

No Brasil, assim como na França será que não poderia haver uma separação dos poderes como no mundo político. Imagina-se que no mundo político somente o Presidente da República decidisse? E se não existissem assembleias?

Necessita-se de um lugar pleno para os trabalhadores, pois há muitos padrões que cometem erros estratégicos com relação às organizações das empresas, deveria haver duas organizações para os representantes escolherem os interesses mais benéficos para sua classe, seja de trabalhador, como de empregador.

No Brasil, o STF precisa enfrentar a ausência de capacidade institucional de colaboração e de discussão democrática, a própria Convenção nº 144, da OIT¹⁵ diz

¹⁴ ROCHA, L.S. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos. 2003.

¹⁵ Recordando as disposições das convenções e recomendações internacionais do trabalho existentes e em particular a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção ao Direito de Sindicalização, de

respeito ao nascedouro de qualquer reforma dos direitos sociais, exigindo a prévia discussão com os entes sociais e com a sociedade organizada.

Na França, a representação dos atores sociais surge dentro e fora das empresas. No interior, este é o CSE é um modelo que será adotado pela França em 2019 e resultará na fusão de representantes do pessoal e melhoria da associação de representantes do pessoal das decisões dos empregadores. Em outras palavras, uma ordem sobre a nova organização do diálogo social e econômico na empresa e a promoção do exercício e desenvolvimento das responsabilidades sindicais, que associa representantes do pessoal (DP), conselho de trabalhadores (CT) e CHSCT ou delegação (DUP) em apenas uma casa: o Comité Social e Económico (CSE).

No exterior, é a criação de uma assembléia social deliberativa de acordo com o esquema do professor Dominique Rousseau. Esta é uma câmara que substituirá o Conselho Econômico, Social e Ambiental para se tornar uma assembléia legislativa de pleno direito representando a sociedade civil, com sindicatos, representantes dos trabalhadores, para dar um parecer, antes dos projetos serem examinados pelo Conselho de Estado e pela Assembléia Nacional e pelo Senado da França. O objetivo é reformular essa estrutura, a fim de, responder adequadamente às exigências dos direitos fundamentais contemporâneos, dando a essa assembléia social o poder deliberativo de participação da expressão do interesse geral.

Essa proposta institucional é a consequência lógica do lugar e do papel da sociedade civil e das pessoas inclusivas que a democracia contínua reconhece na formação da vontade geral. Ao contrário do sistema representativo que faz da sociedade civil um mero receptáculo de vontade fabricado e definido no cenário político, a democracia contínua faz da sociedade o lugar onde, através do confronto de experiências de vida, se formam interesses comuns. Por conseguinte, é necessário

1948; a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, de 1949, e a Recomendação sobre a Consulta (Ramos de Atividade Econômica no Âmbito Nacional), de 1960 - que afirmam o direito dos empregadores e dos trabalhadores de estabelecer organizações livres e independentes e pedem para que sejam adotadas medidas para promover consultar efetivas no âmbito nacional entre as autoridades públicas e as organizações de empregadores e de trabalhadores, bem como as disposições de numerosas convenções e recomendações internacionais do trabalho **que dispõem que sejam consultadas as organizações de empregadores e de trabalhadores sobre as medidas a serem tomadas para torná-las efetivas.**

proporcionar à sociedade uma assembléia que lhe permita participar da elaboração da lei¹⁶.

A matriz epistemológica, que fundamenta esta tese, tem como base a *Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos*¹⁷ de Niklas Luhmann com sua compreensão a partir dos estudos da corrente pragmático-sistêmica conforme Leonel Severo Rocha que se dá pela abordagem sociológica, tanto conceitual quanto empírica dos sistemas jurídico. A observação da sociedade enquanto sistema apresenta vantagens porque permite a análise da sua complexidade por meio da reconstrução do saber jurídico e das *práxis* judiciais, de um ponto de vista interdisciplinar, para o enfrentamento das incertezas da sociedade contemporânea em uma perspectiva evolutiva e construtiva. A ideia de buscar a relação entre sociedade, direito e justiça, num contexto democrático, para que se reduza a distância entre teoria e prática, pressupõe assim estudos sociológicos sobre a lógica organizacional e o funcionamento das instituições. A teoria dos sistemas é a sociologia jurídica em condições de oferecer subsídios a uma verificação empírica que permitirá a crítica e as sugestões para a melhor adaptação do sistema jurídico em nível nacional e internacional às expectativas sociais. As categorias de estilo científico e de campo de racionalidade colocam, assim, a necessidade de se ligarem as teorias jurídicas, simultaneamente, com o problema de sua cientificidade propriamente dita e as implicações sociais que se sucedem na história¹⁸.

¹⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁷ Na sociedade globalizada do século XXI a teoria dos sistemas sociais aparece como uma das possibilidades de construção de comunicações diante de uma situação de alta complexidade". ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. **Seqüência**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 10, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090>>. Acesso em: 19 fev. 2018. Também: "Nesse contexto de grande relevância da comunicação, uma abordagem mais sofisticada do fenômeno social e da importância do Direito é possível por meio da perspectiva sistêmica e autopoiética formulada por Niklas Luhmann". ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 237, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5549/2955>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

¹⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD); 5(2):141-149, julho-dezembro 2013; © 2013 by Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06.

2 PRIMEIRA PARTE: UMA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL BASEADA NO CONTRATO E NÃO NA LEI

O Direito do trabalho sofreu importantes mudanças, não apenas em suas fontes, mas também na sua própria substância, com as últimas reformas trabalhistas que ocorreram tanto na França como no Brasil. Para remediar a complexidade, muitas vezes criticada¹⁹ no direito do trabalho²⁰, uma rearticulação de suas fontes é prevista. É uma questão que privilegia a negociação coletiva em relação à lei. Ao mesmo tempo, ocorrem outros desenvolvimentos, desta vez afetando a substância do direito laboral, com o aumento tanto da flexibilidade da relação de trabalho quanto da adaptabilidade do empregador, da empresa e do empregado.

Essas mudanças levantam novas dificuldades no direito constitucional do trabalho. Segundo Supiot, há um falso dilema na escolha entre o todo-legislativo e o todo-contratual²¹. A especificidade dos contratos dirigidos não é visar somente a lei ou somente a organização dos interesses dos partes do contrato, mas também para servir à realização de um interesse coletivo. Os contratos diretos não são mais o monopólio do estado; se espalhou para a esfera privada sob a forma de acordos que definem regras de interesse coletivo às quais contratos são abrangidos pelo seu âmbito de aplicação²².

Portanto, a configuração constitucional baseada no contrato e não na lei introduzida no direito social comunitário são todas manifestações do novo tipo de dirigismo contratual, que envolve um grande número de pessoas, públicas ou privadas, com exercício de poder²³. Entretanto o Brasil e a França deveriam ir mais

¹⁹ SAVATIER, R. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. D., 1977, chron. p. 43. DABIN, J. *Droit de classe et droit commun*, in: *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T. 3, cinquième partie, le droit comparé comme science sociale, Paris, LGDJ, 1938, p. 66, spéc. p. 79: "Une certaine simplicité du droit est requise pour la pénétration des règles dans la vie sociale. (...) Le droit le plus exact ne vaut rien si, par sa complication ou sa subtilité, il est voué à demeurer stérile".

²⁰ GOFF, J. LE. *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, in: M. Doat, J. Le Goff, Ph. Pedrot (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit*, PUR, 2007, pp. 103-133.

²¹ SUPIOT, A. *Grandeur et misère de l'Etat social*, Collège de France / Fayard, 2013, p. 33.

²² SUPIOT, A. *la contractualisation de la société par Alain Supiot*. Disponível em << https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL7487404529511809532_La_contractualisation_de_la_socie__te_.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

²³ Ibid.

além e constitucionalizar a "negociação legislativa", como um feliz "casamento da democracia social e da democracia política", essa sim seria a melhor forma, pois o controle de constitucionalidade das leis é legítimo, porque ele produz uma verdadeira definição de democracia²⁴. Em termos das fontes do direito do trabalho, a redefinição do diálogo social é uma nova fonte de direito do trabalho (Título 1). Em um nível mais substancial, a definição das diretrizes nesta área deve levar em conta as contribuições da constitucionalização do diálogo Social (Título 2).

Título 1:

Diálogo social, uma nova fonte de direito do trabalho

Título 2:

A constitucionalização do diálogo social

²⁴ ROUSSEAU, D. **Une réssurrection, la notion de constitution**, RDP, 1990, p. 5, et **La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel**, le débat, oct. -nov. 1997.

2.1 TÍTULO 1. DIÁLOGO SOCIAL, UMA NOVA FONTE DE DIREITO DO TRABALHO

O diálogo social é a nova forma de redigir o direito social, em noção de estado de bem-estar, tão perfeitamente destacada por Alain Supiot em seu último livro, refere-se, "uma qualidade constitutiva do Estado contemporâneo"²⁵. Uma das dimensões dessa qualidade está na associação dos atores no estágio de criação da norma jurídica. O estado social promove, assim, a coesão, a troca e a busca de consenso entre os parceiros envolvidos na construção da lei. Este é um componente essencial da democracia, o diálogo.

A importância do movimento sindical na construção do direito do trabalho²⁶ e sua aquisição gradual de autonomia são diferentes em relação ao direito civil "Isso porque, em meados do século XX, existiam, diante das diretorias, grupos profissionais que se interessavam pelos acordos coletivos, com princípios desconhecidos adequados a eles (...) isto ocorreu com os contratos civis"²⁷. Ao integrar e dedicar a prática da negociação coletiva, o direito do trabalho, o Ministério do Trabalho congratulou-se com uma "técnica jurídica muito original que transcende divisão habitual entre a lei e o contrato"²⁸. Nota-se que a constitucionalização do direito do trabalho é, portanto, marcada por operações de conciliação tão numerosas quanto delicadas.

Tomando nota destas dificuldades, o legislador estabeleceu como objetivo "dar ao diálogo social um lugar muito mais importante na definição de regras sociais para o país finalmente passar de uma cultura de confronto para uma cultura de compromisso e negociação"²⁹. Assim, o conceito de negociação coletiva é como fonte, nota-se que o direito do trabalho teve uma profunda mudança.

²⁵ SUPIOT, A. **Grandeur et misère de l'Etat social**, Collège de France / Fayard, 2013, p. 28.

²⁶ BESSLING, J. **Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du droit**, in **Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, T. 3, cinquième partie, le droit comparé comme Science sociale**, Paris, LGDJ, 1938, p. 80.

²⁷ LYON-CAEN, G. **Le droit du travail au futur antérieur**, in **Analyse juridique et valeurs en droit social: mélanges en l'honneur de Jean Pélissier**, Dalloz, 2004, p. 367.

²⁸ DOCKES, E, G. AUZERO, **Droit du travail**, 30e éd., Dalloz, 2015, p. 1385, §1391.

²⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Consulta: 20 de agosto de 2018.

Esta atual alteração em favor da negociação coletiva, tem necessariamente efeitos sobre a constitucionalização do direito do trabalho. Contudo, os requisitos constitucionais precisam ser enquadrados, nas condições para a promoção da negociação coletiva em relação ao trabalho. Novas orientações em favor de um lugar mais importante, pois a negociação coletiva está nas fontes do direito trabalhista e isto fortalecerá a constitucionalização do direito do trabalho.

No período de dúvidas que a França e o Brasil estão passando, é imperativo cultivar a parte mais positiva deste patrimônio para impulsionar uma nova fonte de diálogo que é capaz de reforçar a nossa democracia social e política através da abertura de novas perspectivas para produzir uma nova forma complexa ou mista de democracia³⁰. A partir da perspectiva histórica e comparada Brasil/França, pesquise-se: como surgiu o diálogo social como fonte do direito do trabalho? (capítulo 1). E qual é a situação atual da relação entre o contrato e a lei na França e no Brasil com as recentes reformas legislativas (capítulo 2).

³⁰ ROUSSEAU, D. **Une réssurrection, la notion de constitution**, RDP, 1990, p. 5, et **La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel, le débat**, oct. -nov. 1997.

2.1.1 CAPÍTULO 1. COMO SURTIU O DIÁLOGO SOCIAL COMO FONTE DO DIREITO DO TRABALHO?

Denota-se que as profundas mudanças que as fontes do direito do trabalho francês e do Brasil foram e continuam sendo profundamente modificadas. Antigamente a lei era a fonte essencial se não exclusivo, atualmente a negociação coletiva tomou um lugar importante, ambos se tornaram acordos interprofissionais nacionais, pré-leis, acordos de agência e, especialmente, acordos de empresas que se tornaram referência na França desde 2004 e no Brasil desde 2006.

Diante deste tema de grande discussão, da mudança do negociado sob o legislado³¹, permanece marcado pela ausência de segurança jurídica a seu favor³² mesmo a falta de confiança entre os parceiros sociais³³. Alguns observadores relatam que a negociação coletiva era "cada vez mais experimentada, em ambos os lados a mesa de negociação, como um ritual ou obrigação formal"³⁴.

Entretanto, ainda gera dúvida em diversos setores da sociedade, será que o direito social ainda é um terreno particularmente fértil para a observação de mudanças reveladas pelo conceito de Estado social. E como os parceiros sociais, que são as organizações de empregadores e de trabalhadores, evoluíram como protagonistas de um diálogo social, um elemento consubstancial à ideia de social de democracia³⁵. Nesse sentido, será analisada a parte histórica como surgiu o diálogo social como fonte do direito do trabalho, bem como a polemica sobre o prevalectimento da lei ou do contrato, situação estas que envolvem os parceiros sociais.

³¹ DESPAX, M. **Les paradoxes de la négociation d'entreprise**, in **Les transformations du droit du travail, études offertes à Gérard Lyon-Caen**, Dalloz, 1989, p. 271.

³² COMBEXELLE, J.-D. **La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre**, *France Stratégie*, 2015, p.40; Disponível em: <<http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2015/09/rapport_combrexelle.pdf>> . Consulta: 20 de agosto de 2018.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ SAUVE, J.-M. **La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes**. *Droit social*, 2010, p. 489.

Primeiramente será analisada a parte histórica do diálogo social, bem como sua definição. Em um sentido amplo, conforme definido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT):

"O diálogo social inclui todos os tipos de negociação, consulta ou simplesmente troca entre representantes de governos, empregadores e trabalhadores de várias formas, em assuntos relacionados com a política económica e social de interesse comum. Pode assumir a forma de um processo tripartido para o qual o Governo formalmente participa ou relações bipartidas entre trabalhadores e empresários (ou sindicatos e organizações de empregadores), onde o Governo pode possivelmente intervir indiretamente. Os processos de diálogo social podem ser informais ou institucionalizada ou associada - o que é frequentemente o caso - essas duas características. Ele pode ter lugar a nível nacional, regional ou empresarial. Pode ser interprofissional, setorial ou ambos. O principal objectivo do diálogo social como tal é encorajar a formação de um consenso entre os principais atores do mundo do trabalho e sua participação democrática. As estruturas e processos de um diálogo social frutuoso são provavelmente resolverá importantes questões económicas e sociais, para promover a boa governação, promover a paz e a estabilidade social e estimular a economia. ³⁶"

De acordo com esta definição, o diálogo social abrange todas as formas de negociação, consulta, informação a qualquer nível entre representantes de empregados, empregadores e possivelmente público, sobre questões económicas e sociais de interesse comum. No recente período, o diálogo social teve, além disso, considerável enriquecimento temático com o transconstitucionalismo. Algumas das questões da transição ecológica estão intimamente relacionadas com as condições de trabalho e emprego e as novas formas de consulta que envolva parceiros sociais e atores externos à empresa.

O diálogo social, portanto, susceptível de abranger um campo muito vasto, geralmente mobiliza um grande número de regras e instituições cujo design e em particular, especialistas em direito social. Mas também se refere a representações e

³⁶ Em 8 de março de 2016, na França o CESE assinou com o Conselho Superior da Igualdade entre Mulheres e Homens uma convenção de compromisso para a comunicação pública sem estereótipos de género. Desta forma, comprometeu-se a tornar as mulheres mais visíveis, a fim de alcançar uma verdadeira igualdade entre mulheres e homens, fazendo-os aparecer como tal nos títulos dos seus cargos, nas suas notas, nas suas profissões e no uso de feminino ao lado do masculino nos acordos, usando o ponto para somar o feminino (exemplo: os assessores).

práticas dos atores das relações industriais e da sociedade se enraizando profundamente em nossa história social. Esta dimensão que existe obviamente não é a separação estrita entre o que é o formalismo do Estado de Direito e o que participa da suposta fluidez de mentalidades e práticas.

Na França, o Conselho Constitucional desempenhou um papel fundamental no redesenho de uma arquitetura nova e única da relação entre direito e negociação coletiva. Sem dúvida, ele não podia ignorar a vontade do legislador e sua prática de depender da negociação coletiva para implementar reformas legislativas.

Mas, por sua jurisprudência, Yves Struillou na época conselheiro em serviço extraordinário no Tribunal de Cassação, conseguiu estabelecer a fundação constitucional de uma nova regra do jogo por uma interpretação aberta e dinâmica do princípio estabelecido na Constituição segundo o qual o legislador tem o poder de fixar os "princípios fundamentais do direito trabalhista e liberdade de associação" (artigo 34), que abriu novos espaços para negociação. Sua adesão à maioria legal era adesão concomitante à maioria política consagrado na lei de 31 de janeiro de 2007 a modernização do diálogo social, cujas disposições são agora codificado no artigo L. 1 do novo Código do Trabalho em outubro de 2012³⁷.

Entretanto, em maio de 2006, o Brasil lançou a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), fruto de um Memorando de Entendimento assinado em 2003 pelo Presidente brasileiro, Luiz Inácio Lula da Silva, e pelo Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia. Desde então, as áreas de atuação da OIT no Brasil têm se articulado em torno das três prioridades definidas na ANTD: a geração de mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; a erradicação do trabalho escravo e do trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e o fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática. As organizações de empregadores e de trabalhadores participaram da elaboração da Agenda e devem ser consultadas permanentemente durante o processo de implementação³⁸.

³⁷ JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A. **Suprématie de la Constitution et droit social**, in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), **Traité international de droit constitutionnel**, Tome 3, Dalloz, Coll. Traités, 2012.

³⁸ ABRAMO, Laís. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social**. Organização Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2015.

A promoção do diálogo social é o fortalecimento das organizações dos atores sociais que nele intervêm é um dos quatro objetivos estratégicos de toda ação da OIT. A Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho coloca a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva como o seu primeiro item. Entretanto, o Brasil, apesar não ratificou a Convenção nº 87, mas tem, sim, esse compromisso de respeitar, promover e tornar realidade os seus preceitos, isto é claramente demonstrada com a recente reforma trabalhista sobre a liberdade de associação aos sindicatos, o que antes dessa alteração não ocorria³⁹.

Em particular, o legislador pode permitir que os parceiros sociais determinem, no âmbito que ele definiu, a ligação entre as várias convenções coletivas ou acordos que concluem a nível interprofissional, os ramos profissionais e as empresas;

No entanto, quando o legislador autoriza um acordo coletivo a derrogar a uma regra que ele próprio promulgou e ao qual ele pretendia conferir um caráter de ordem pública, ele deve definir precisamente o objeto e as condições desta derrogação. A dimensão social da democracia pode ser considerada essencial mesmo que seja uma realidade muitas vezes negligenciada. O diálogo social é um componente principal. Os períodos de reconstrução que se seguiram às duas guerras mundiais foram marcados pelo desejo de promover a paz e a cooperação entre os países dentro dos Estados e no nível internacional. Esses períodos do pós-guerra inovações nas instituições e procedimentos do diálogo social.

No Brasil, a grande discussão a ser travada é se os atores sociais participaram efetivamente em função do seu poder de articulação, de influência, de protagonismo na relação, ou se eles participaram a reboque do Poder Executivo. Analisando as décadas de 80 e de 90, nota-se que a agenda sindical, na década de 90, foi defensivista, o tempo todo trabalhando e descarregando com a negociação coletiva, digamos assim, o ônus de corporificar a flexibilização do Direito, a desregulamentação do Direito. Com o crescimento dos anos XX, houve uma inversão na espiral e,

³⁹ GODOY, Dagoberto. **Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil**: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 4, p. 110-115, out./dez. 2010.

consequentemente, quando se tem uma agenda econômica mais favorável, começam a surgir os resultados, no campo do diálogo social, bastante importantes⁴⁰.

Entretanto, desde o dia após a Segunda Guerra Mundial, o direito à participação dos trabalhadores é um princípio de valor constitucional que estabelece a legitimidade todas as práticas de diálogo social desenvolvidas dentro ou fora da empresa. O oitavo parágrafo preambular da Constituição Francesa de 27 de abril de 1946 afirma que "todos trabalhador participa através de seus delegados na determinação coletiva de condições de trabalho e emprego e de gestão das empresas".

Contudo, a negociação coletiva foi sendo financiado por um crescimento único na História, mas que parecia ser eterno, com uma regra progressista em favor do princípio e, portanto, um controle mínimo da representatividade real dos atores: na pior das hipóteses, sempre foi melhor que o mínimo legal. A crise de 1974, passando da Revolução Industrial para a do imaterial questionou tudo em nome do emprego, os "benefícios" necessariamente. Uma forma de ordem social às vezes se torna "contrapartes" através de acordos "depreciativos", inclusive em termos de manutenção de empregos⁴¹.

O tribunal constitucional Francês considerou, com base no preâmbulo da Constituição de 27 de abril de 1946, e do artigo 34 da presente Constituição, que "estava aberto ao legislador depois de definidos os direitos e obrigações relativos às condições e às relações de trabalho, deixar aos empregadores e empregados, ou às suas organizações representativas, o cuidado de especificar, nomeadamente através de acordos colectivos, as modalidades práticas de normas que estabelece "(Decisão nº 77-79 DC, de 5 de julho de 1977). O Conselho Constitucional portanto, considerou que o direito à participação, que tradicionalmente instituições representativas da empresa, inclui também o direito de negociação coletiva no setor privado⁴².

⁴⁰ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 4, p. 96-104, out./dez. 2010.

⁴¹ PRÉTOT, X. **Les bases constitutionnelles du droit social.** Dr. soc., 1991, p. 187. PELLOUX, R. **Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,** RDP, 1947, p. 390.

⁴² La participation, dossier coordonné par Franck Petit, Droit social, n° 12, décembre 2015, pp. 952-966.

No serviço público, esse direito à participação tornou-se muito mais timidamente após a libertação, com o estabelecimento dos primeiros órgãos conjuntos serviços de assessoria, seguindo ele próprio o reconhecimento do direito de organização com base no princípio estabelecido no Preâmbulo da Constituição de 1946, de acordo com a que ninguém pode estar preocupado por causa de sua afiliação ou sua não-adesão de uma união.

Estes desenvolvimentos foram também fortemente influenciados na França pela construção particularmente desde as "conversas de Val Duchesse" conduzidas em 1985 sob a égide de Jacques Delors, Presidente da Comissão das Comunidades Europeias. O diálogo social nacional é alimentado por uma produção convencional densa níveis interprofissional e setorial, mas também é inspirada consulta dos parceiros sociais, pela Comissão Europeia, antes de legislativo. A lei "Larcher" de 31 de janeiro de 2007 é relativa à modernização do diálogo.

No Brasil em 1999, a OIT formalizou o conceito de Trabalho Decente como uma síntese de sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Foi a década de promoção do trabalho decente no Brasil, na qual o Escritório da OIT no país promoveu o diálogo social entre seus mandantes tripartites e contribuiu para a consolidação do compromisso do Brasil com a Agenda de Trabalho Decente da OIT⁴³.

Então, social estabeleceu uma ligação entre lei e negociação: "Qualquer projeto de reforma previsto pelo Governo, que trata das relações de trabalho individuais e coletivas, emprego e formação profissional e que se insere no âmbito das políticas nacionais. A organização interprofissional é objeto de consulta prévia às organizações sindicais de e empregadores representativos a nível nacional e interprofissional, com vista a eventual abertura de tal negociação"⁴⁴. Em termos de tempo de trabalho, quase todas as regras legais podem hoje ser objecto de uma derrogação, exclusivamente por acordo colectivo. Acordos depreciativos nem sempre

⁴³ ABRAMO, Laís. ***Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil***: uma estratégia de ação baseada no diálogo social. Organização Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2015.

⁴⁴ RAY, Jean, Emmanuel. ***La nécessaire métamorphose du droit du travail ?*** Commentaires, n° 153, printemps 2016, pp. 129-138

são menos favoráveis; eles também podem ser diferentes da lei como o acordo de horário de trabalho.

O Diálogo Social desde 2010, no Brasil também figura como uma das quatro prioridades da Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude (ANTDJ) reconhece a complexidade em criar espaços de diálogos tripartites que se proponham a debater, sobre questões que envolvem a juventude e o mundo do trabalho, com melhores postos de trabalho. Os espaços para diálogo tripartite são, dessa forma, locais onde representantes de trabalhadores, de governos e de empregadores buscam, de forma conjunta, encontrar caminhos mais curtos e eficazes que levem à solução desses desafios⁴⁵.

No Brasil, existem diversos arranjos participativos institucionalizados que visam ampliar o diálogo entre governo e sociedade civil, e permitir maior permeabilidade do Estado às demandas da sociedade no processo de elaboração de políticas públicas, destacando-se os conselhos, as conferências, o Subcomitê da ANTDJ, entre outros. Nota-se, que todos os espaços participativos são fundamentais para promover a interação entre as partes e para encontrar caminhos para resolver as principais questões do trabalho⁴⁶.

Pela evolução da lei francesa há 20 anos tem sido marcada pela generalização da cobertura convencional, graças às técnicas de extensão e ampliação, e à obrigação de negociar coletivamente muitos dos problemas anteriormente abandonado a relações individuais de trabalho. O chamado fenômeno contratante não consiste, portanto, em um fluxo de a lei em face do contrato ou uma mudança do dirigismo para o *laissez-faire*. Longe de significar um retorno às origens contratuais do direito do trabalho, é expresso pelo surgimento de novos conceitos e novas técnicas jurídicas destinadas a superar a oposição da heteronomia e autonomia.

Em vez de enviar relações de trabalho com regras impostas externamente ou ao contrário do livre jogo do equilíbrio de poder entre empregadores e empregados, os

⁴⁵ ABRAMO, Laís. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil**: uma estratégia de ação baseada no diálogo social. Organização Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2015.

⁴⁶ *Ibid.*

esforços são envolver-se mutuamente na definição e implementação das regras necessário para o bom funcionamento do mercado de trabalho. Assim a contratualização é apenas uma manifestação dos ideais de "regulação" ou "governança". Faz parte de um movimento maior de transformação fontes jurídicas, das quais o direito comunitário oferece muitos exemplos⁴⁷ e que todos combinam com vários graus: a enunciação de princípios gerais ou objetivos comuns.

Este progresso do contrato operou sob uma variedade de formas nacionais, de modo que, em vários deles, especialmente os países anglo-saxões. A fim de reduzir os déficits públicos, as políticas de austeridade estão lutando por salários e condições de emprego, enquanto as empresas buscam maior flexibilidade no emprego e redução dos custos salariais aumentando a sua competitividade nos mercados mundiais agitados por competição e atendendo aos requisitos de desempenho. Essas estratégias estaduais e corporativas afetam o diálogo social, relações de trabalho e sindicalismo. Enfraquecendo ainda mais este último, lutando com um declínio em curso há muitos anos na maioria dos países. Contudo, o diálogo social, foi concebido e introduzido para aumentar o poder dos "parceiros sociais" na determinação políticas públicas e condições de trabalho e emprego.

Promovido pela União Europeia (UE) desde meados da década de 1990-1980, e depois pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o diálogo social é tripartite que envolve vários atores sociais, tais como: o governo, os trabalhadores e os empregadores, por meio das suas organizações representativas. Por outro lado, o diálogo social também é mais amplo em que interferem organizações da sociedade civil, para que possam dialogar diretamente com o governo sobre a própria realidade cotidiana. Considerado por alguns como progresso democrático, porque associam de maneira consensual os parceiros, para que solucionem os problemas sociais na definição de problemas e na pesquisa e implementação de soluções mutuamente benéficas⁴⁸. Portanto, concede aos atores sociais maior autonomia no estabelecimento de padrões legais e proporcionaria, nesse sentido, maior eficiência.

⁴⁷ Art. 138-139 do Tratado CE; orientações sobre o uso do art. 128; método aberto de coordenação de artes. 130 e 140.

⁴⁸ De Munck, Jean, Claude Didry, Isabelle Ferreras et Annette Jobert,. **Renewing Democratic Deliberation in Europe The Challenge of Social and Civil Dialogue**. Bruxelles: P.I.E. Peter Lang.2012.

Sobre o diálogo social e as relações industriais, observa-se que o aspecto crucial do diálogo social é a sua abordagem de parceria. Parte do pressuposto de que sindicatos e empregadores reconhecem a existência de um problema comum, o diálogo Social é, portanto, uma ferramenta para a construção de consenso (...). A OIT vê dois possíveis benefícios principais nesta abordagem de diálogo: primeiro, a democratização econômica e social da formulação de políticas, e segundo, a redução dos conflitos sociais⁴⁹.

As nações vitoriosas na Primeira Guerra Mundial assinaram, em junho de 1919, o “Tratado de Versalhes”, referente a um documento internacional, que visava à promoção da paz social e, em particular, ao respeito aos direitos humanos no âmbito do trabalho, que previa a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), servia de “instrumento de concretização e universalização dos ideais da justiça social e proteção do internacional do trabalhador⁵⁰”.

Surgiu em 1945, a OIT foi considerada parte integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), como uma de suas agências especializadas, com personalidade jurídica de direito público internacional. Dessa forma, integrada por representantes das organizações sindicais, patronais e dos governos de todos os países membros com estrutura tripartite, a OIT atua com o objetivo de fortalecer o diálogo social e formular normas internacionais de trabalho benéficas para todos os trabalhadores⁵¹.

Peter Auer analisa os pactos sociais postos em prática nos anos 90 em quatro países da UE, a saber, a Áustria, a Dinamarca, Irlanda e Holanda⁵². Ele conclui que o diálogo social nesses países permitiu-lhes sair dos anos de crise de desemprego de 1980. Mais especificamente, a contribuição do diálogo social pode ser resumida em

⁴⁹ CARL, K., JEFF, B. 2012. **Social Dialogue, manual for trade union education**. Genève: International Training Center of the International Labour Organization. Disponível <<<http://www.lpsk.lt/lpsk-web/wp-content/uploads/2014/06/Social-dialogue-manual.pdf>>> consulta 03 set. 2018.

⁵⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, nº 5, p. 604-615, mai/2007.

⁵¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, nº 5, p. 604-615, mai/2007.

⁵² PETER, Auer. **La reprise de l’emploi en Europe L’exemple de l’Autriche**, du Danemark, de l’Irlande et des Pays-Bas. Genève. Bureau international du Travail. 2002.

três pontos: moderação salarial, redução do número de disputas trabalhistas e apoio a reformas impopulares do sistema proteção social.

A moderação salarial tem sido o objetivo fundamental dos pactos sociais [...] Na ausência de um acordo entre os parceiros sociais, uma espiral salário inflacionário e raiva de preço em muitos países Europeus no final dos anos setenta e durante a década Avançar. No entanto, esta inflação pode ser controlada ao longo dos anos noventa, um resultado notável devido em grande parte à políticas de moderação salarial desenvolvidas no âmbito do diálogo Social⁵³.

A nova responsabilidade no nível macroeconômico do parceiros sociais, que deriva dos pactos sociais, também tornou possível reduzir o número de disputas trabalhistas. Isso é ainda mais notável que eles participaram no desenvolvimento de impopular do sistema de proteção social. Durante essas reformas, os sindicatos tiveram que abandonar certos princípios intocáveis e, além de essas reformas, os acordos para reduzir os salários poderiam ter desencadeado conflitos sociais. Finanças públicas mais rigorosas que, impuseram estas reformas, que por sua vez implicam uma nova partilha de responsabilidades entre o Estado, os empregadores e os trabalhadores⁵⁴.

Esta representação harmoniosa do diálogo social enquadra-se bem modelo utópico de relações industriais em que o consenso entre sindicatos e empregadores eliminaria os conflitos de interesses e poder. Implementado em vários pactos sociais ou em pactos para o emprego e a competitividade no nível da empresa, em torno de um consenso sobre os imperativos da competitividade nacional ou da empresa, o diálogo social resultou em concessões salários e um declínio na participação dos salários na renda nacional⁵⁵.

A realidade é que a imagem de uma lei que desce do Legislativo para o corpo social de regras impostas pela cúpula modificou-se. Cada vez mais, a participação dos destinatários do padrão legal em sua elaboração é incentivada. E o quadro legislativo deve abranger tanto o direito, como regulamentações nacionais

⁵³ *Ibid.* p. 63.

⁵⁴ *Ibid.* p. 66.

⁵⁵ RICHARD, Hyman. 2016. **Austéritarisme en Europe: quelles potions pour la résistance ?**. Bilan social de l'Union européenne 2015. D. Natali et B. Vanhercke, dir. Bruxelles: ETUI, 107-138.

comunitárias, a consulta entre os diferentes atores, bem como o Governo, Parlamento e os parceiros sociais; negociação coletiva entre os sindicatos de empregados e empregadores. Com esta alteração, o corpo social assume várias formas, desde a consulta até a regulamentação passando pela negociação.

A lei é a expressão da vontade geral, pessoalmente, ou através de seus representantes, a sua formação. Instituições democráticas da filosofia política do Iluminismo, o Povo tem o poder de definir suas próprias leis. Exceto quando ele usa diretamente (hipótese do referendo), este poder deve ser exercido através da montagem de suas representantes eleitos⁵⁶.

O Parlamento eleito por sufrágio universal é assim em todas as democracias a sede normal do poder legislativo. Esta representação nacional encarna a vontade geral, e não pode consistir na assembleia de representantes interesses corporais ou especiais. Nenhuma "seção de pessoas", nenhum corpo intermediário, não pode ser permitido impor a sua lei no seu conjunto porque o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nem o indivíduo pode exercer autoridade que não dele emane expressamente⁵⁷.

O próprio Conselho sintetiza em 29 de abril de 2004 na França: "Se o Preâmbulo da Constituição de 27 de Outubro de 1946 prevê no 8º parágrafo que: "todos os trabalhadores participam através de seus delegados a determinação coletiva das condições de trabalho e a gestão das empresas", o artigo 34 da Constituição define no campo do direito a determinação dos princípios fundamentais do direito do trabalho. Assim, coube ao legislador determinar, em conformidade com o princípio enunciado no oitavo parágrafo do preâmbulo, as condições e garantias para a sua execução⁵⁸.

⁵⁶ MANIN, B. **Princípios do governo representativo**. Paris, Flammarion, 1996, p.20.

⁵⁷ Ver art. 3 da Constituição de 1958 Francesa: "A soberania nacional pertence às pessoas que a exercem pelos seus representantes e por referendo. Nenhuma seção das pessoas nem qualquer indivíduo pode dar o exercício".

⁵⁸ Incompetência é legitimamente caçada; em sua decisão n.º 2014-388, QPC de 11 de abril de 2014 sobre o pagamento de salários, o Conselho não examina as queixas apresentadas pelos requerentes, mas levanta *ex-officio* uma queixa não invocada pelo sindicato: "Se é possível o legislador a confiar à convenção coletiva a tarefa de especificar as modalidades concretas de aplicação dos princípios fundamentais do direito do trabalho, é da sua responsabilidade exercer plenamente as competências que lhe são confiadas pelo artigo 34.º da Constituição".

Com base nestas disposições, cabe ao legislador, após ter definido os direitos e obrigações relativos às condições e à relação de trabalho, deixar que os empregadores e os trabalhadores, ou as suas organizações representativas, especifiquem, em particular, pela forma de negociação coletiva, as modalidades concretas de aplicação das normas que estabelece. Por isso, parece mais útil uma breve reflexão sobre as apostas atuais, muito diferentes das de ontem: no Brasil e na França, referente o lugar da negociação coletiva. Com mais contratos nas relações sociais pelos os parceiros sociais⁵⁹.

Porém, houve divergências entre diversos setores da sociedade sobre o que deveria prevalecer, a lei ou o contrato para reformar as relações sociais em geral e as do direito do trabalho em particular? Será que a alternativa consiste entre o todo-legislativo e o todo-contratual? Segundo Alain Supiot, obviamente não, esta alternativa faz pouco sentido à luz da história da direito do trabalho. Pois este direito nasce da irrupção do trabalho na esfera do contrato⁶⁰.

Arrancado das disciplinas das corporações, o trabalho tornou-se objeto de troca a partir de 1789 e a contratualização das relações de trabalho é deste ponto de vista algo tão antigo quanto fundamental. Desde aquela época primeira contratualização, o direito do trabalho foi usado para inserir um estatuto no contrato. Pelo menos na França e no Brasil que esse status tem sido principalmente o trabalho do legislador. É por isso que a erosão do status dos salários atualmente esta associada à ideia de "contratualização"⁶¹.

A ideia de contratualização foi afirmada no Ocidente por dois séculos que o contrato seria o fim insuperável de um progresso histórico que levou o homem às subjugações dos estatutos para torná-lo acesso à liberdade. Um movimento onde o

⁵⁹ Como cada país tem sua própria história política e social, não existe "modelo" social. Na Alemanha, embora o sindicato do DGB ainda tenha seis milhões de membros por conta própria (em comparação com 12 milhões em 1990), apenas 51% dos empregados estão cobertos por um acordo coletivo, comparado a 80% na Itália e 94% na França devido à existência de acordos de filiais alargadas.

⁶⁰ SUPIOT, A. **Grandeur et misère de l'Etat social**. Collège de France / Fayard, 2013, p. 33.

⁶¹ JEAMMAUD, A. **Les polyvalences du contrat de travail, Mélanges**, G.Lyon- Caen, Paris, Dalloz, 1989, p.299; Ph. Waquet: *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p.383; E.Ray : **Du tout-Etat au tout-contrat?** *Dr.Soc.* 2000, 574; M.-A. Souriac e G. Borenfreund: *O négociation collective entre désillusion et illusions*, Mélanges Verdier, Dalloz, 2001, p. 383. SUPIOT, A. **La contractualisation de la société**, in Y.Michaux (dir.) **Qu'est-ce que l'humain?** société, in Y.Michaux (dir.) **Qu'est-ce que l'humain?** Travaux de l'Université de tous les savoirs, vol.2, Paris, O. Jacob, 2000, pp. 157-167.

contrato não é esse universo abstrato, pois tem um significado que varia de acordo com as culturas, os períodos e os contextos legais. Tampouco é o contrato a pura relação binária entre pessoas iguais, que se acredita ser capaz de reduzi-lo. Implica em uma comum garantia de pactos. Portanto, a contratação da sociedade certamente não significa uma liberação total de indivíduos. É antes o sintoma do declínio dos estados e uma "refeudalização" dos laços sociais⁶².

Na história da lei romana distinguia-se claramente o contrato (contrato: acordo formal juridicamente vinculativo para as partes) à convenção (conventio, pactum: informal baseado em boa fé). Esta distinção é encontrada até certo ponto no direito do trabalho inglês, onde o contrato se distingue do acordo⁶³. Como a convenção romana, o acordo coletivo é desprovido de força executável, que se limita ao contrato de trabalho; daí o recurso de juristas à ideia de incorporação (de "contratualização") das cláusulas do acordo coletivo no acordo individual⁶⁴. Esta solução ajudou a manter juiz do campo da negociação coletiva e dos parceiros sociais permanecer muito ligado⁶⁵.

No direito francês, no entanto, não há distinção a vaga ideia de que o conceito de uma convenção seria mais ampla do que o contrato. Mas o código civil usa esses dois termos com indiferença e no direito do trabalho, a distinção adquiriu um novo significado, com o acordo coletivo, que difere do contrato de trabalho individual (pelo seu efeito normativo) e do acordo coletivo (por sua finalidade, abrangendo emprego, condições de trabalho e garantias sociais de todas as categorias enquanto o acordo lida apenas com partes deste pacote)⁶⁶.

Sob uma análise de direito comparado, os direitos franceses e ingleses têm em comum distinguir de acordo com a natureza individual (contrato / contrato) ou coletivo (convenção / acordo) do contrato. Alguém em vão procuraria na legislação trabalhista

⁶² SUPIOT, Alain. **La Contractualisation de la Société**. Conférence du 22 février 2000, disponível << <https://www.college-de-france.fr/media/alainsupiot/UPL7487404529511809532>>>. Acesso: 02/12/2018.

⁶³ GIRARD, P. **Manuel de droit romain**, Paris, Rousseau, 5^o éd. 1911, p.432.

⁶⁴ S.Deakin & G.S. Morri. **Labour Law**. Londres, Butterworths, 3^oéd. 2001, p. 75.

⁶⁵ WEEKS, B. & al. **Industrial Relations and the Limits of Law. The Industrial Effect of the Industrial Relations Act. 1971**, Oxford, Blackwell, 1975, p. 156 s.

⁶⁶ GAUDU, F. & R.Vatinet. **Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux** in *Traité des contrats*, ss. la dir. de J.Ghestin, Paris, LGDJ, 2001.

alemã um traço distinção: contrato de trabalho (*Arbeitsvertrag*) e convenção coletiva (*Tarifvertrag*), existem duas variedades da mesma noção de contrato (*Vertrag*) em Por outro lado, o alemão faz uma distinção terminológica entre duas variedades de contratos que o francês ou o inglês confundem: por um lado, o *Vertrag*, que implica a ideia de um compromisso entre diferentes interesses e, por outro lado, o *Vereinbarung*, o que implica a ideia de uma união por um interesse comum⁶⁷.

O trabalhador assalariado ou o sindicato é parte em contratos com empregadores, mas os acordos concluído dentro da empresa entre o empresário e o conselho de empresa são *Betriebs vereinbarungen*. Para analisar transformações do direito contemporâneo, observa-se a erosão dos quadros jurídicos nacionais, a compreensão de nosso próprio direito requer prestar atenção aos outros porque nenhuma língua, nem mesmo inglês ou francês, é suficiente para esgotar o significado deste tema⁶⁸.

Denota-se que o início dos anos 90, a liberdade de contrato apareceu na jurisprudência do Conselho Constitucional. Muito rapidamente a questão do seu status surgiu. Alguns destacam a impossibilidade de constitucionalizar uma liberdade órfã de qualquer base constitucional e marcada com o selo de relatividade na legislação vigente. Outros denunciam a ambiguidade em torno das decisões do Conselho Constitucional. No entanto, parece que, ao declarar a resolução do litígio relativo à liberdade de contrato, ambiguidades desaparecerão revelando uma lei que protege o contrato em dois níveis: por um lado, a "continuidade do contrato" para a proteção contra os atuais contratos infracções do legislador. Por outro lado, o "Impulso contratual" permitindo a proteção de contratos futuros. Estes dois aspectos

⁶⁷ GAMILLSCHEG. **Kollektives Arbeitsrecht München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung**, 1997; P.Hanau & K.Adomeit *Arbeitsrecht* Kriftel, Luchterhand 12^o éd. 2000, n^o 413 s., p. 119 s.

⁶⁸ A matéria-prima do pensamento, as línguas possuem, como todo sistema simbólico, duas faces que o comparatista nunca deve dissociar. Cada idioma, ao mesmo tempo, nos transporta em uma certa representação do mundo, específica de uma cultura específica, e nos dá mundo uma imagem sincera, embora diferente de todas as outras. Como as 36 vistas do Monte Fuji Hokusei, linguagens são diferentes pontos de vista sobre o mesmo objeto. É por isso que eles são irredutíveis e traduzíveis. O direito comparado não teria nenhum propósito sem esta traduzibilidade e nenhum objeto sem essa irredutibilidade.

caracterizam hoje a dualidade funcional da liberdade contratual e regem a jurisprudência do Conselho Constitucional sobre o assunto⁶⁹.

Primeiro de tudo, deve ser lembrado que a teoria democrática segundo J. Habermas não é menos "deontológico" e "liberal" do que é a família de doutrinas políticas pertencentes à tradição de contratualismo. Uma das novidades da teoria democrática da J. Habermas é, de fato, fazer, não mais do povo, mas do *indivíduo*, de uma só vez o primeiro gerador do direito e seu único depositário moral único. O processo deliberativo de pesquisa o bem comum deve, portanto, estar ancorado ao respeito dos direitos individuais. Este é um primeiro aspecto sob o qual o modelo de democracia deliberativa de J. Habermas pretende assumir o legado do Contratualismo liberal. É, além disso, esse traço característico de abordagem dualista do pensamento moral e político de J. Habermas, essa tentativa conciliar princípios éticos morais (o absoluto respeito da pessoa humana, da inspiração kantiana) e princípios políticos republicanos (a auto-regulação do povo por ele mesmo, inspirado por Rousseau).

Nesse sentido, a teoria democrática J. Habermas pode ser descrita como "radical", certamente não é no sentido do poder soberano das maiorias. Primeiro, no sentido de que a ativação da "brasa democrático-radical" no coração da projeto de democracia deliberativa não consiste em revolucionar instituições existentes e reinventar as bases constitucionais sociais, mas apenas para atualizar de acordo com as circunstâncias históricas novas ideias a ideia do bem comum, a ideia de um Estado de direito justo e legítimos cujos parâmetros já estão inscritos na história do projeto democrático moderno. Mas o projeto de democracia deliberativa também é menos radical do que é geralmente sugerido por dicotomistas no sentido de que não rompe com a tradição de contratualismo liberal, mas pelo contrário perfeitamente tomar como uma de suas variantes: isso também é para rastrear conceitualmente, os princípios e condições de um Estado de direito democrático. Como o próprio J. Habermas reconhece:

“De maneira semelhante aos seus precursores, as teorias contratualistas, a teoria da discussão também parte da ficção de um genial: um número

⁶⁹ GAHDOUN, Pierre-Yves. **La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel**. Paris. Ed. Dalloz, Coleção: New Thesis Library, 2008.

indefinido de pessoas voluntariamente em uma prática constituinte. [...] entrada em prática constituinte está relacionado com o desejo de dar sentido a esta prática um tema do debate explícito, [...] para refletir sobre o significado específico do projeto e para explicar em termos conceituais o que todo mundo se comprometeu pela sua prática⁷⁰.”

Mas, argumentar que certos direitos fazem parte do processo de auto-regulação do cidadão, isso não quer dizer que um e o mesmo conjunto de direitos substantivos com conteúdo concreto e bem definido devem ser sempre prática deliberativa, mas apenas que certas categorias de categorias de direitos fundamentais, que é possível para o filósofo (ou o cidadão) para reconstruir in abstracto, deve ser pressuposto de qualquer projeto de auto-regulação dos cidadãos em condições de liberdade e igualdade⁷¹.

Na França, o sistema instituído pela Lei de Larcher de 31 de Janeiro de 2007 não é inteiramente idêntico na medida em que a intenção de negociar expressa pelos parceiros sociais nacionais não impede, pelo menos legalmente, o governo de transmitir projeto de lei no Parlamento. Mas, apesar dessa precisão, as organizações de empregadores e de trabalhadores analisam se não na lei, pelo menos no fato, confiando a faculdade de elaborar regras. Esta é uma verdadeira "modernização do direito do trabalho⁷². Ao fazê-lo, a lei de 2007 rompe com uma visão monista da democracia resultante da Revolução que condenou qualquer forma de representação profissional. Essa desconfiança dos riscos da deriva corporativista parece, a partir de então, desatualizada, pois é verdade que o sindicalismo francês foi construído com base na ideia de justiça social para todos, numa concepção de interesse geral e não na defesa dos interesses dos trabalhadores sindicalizados⁷³.

No entanto, a baixa taxa de sindicalização na França colocou em dúvida a representatividade e a legitimidade daqueles que tem o poder de criar o direito. A reforma da representatividade sindical resultante da lei de 20 de agosto de 2008, ao introduzir um critério eleitoral, fortaleceu, a partir desse ponto de vista, a legitimidade

⁷⁰ HABERMAS, J. **Le paradoxe de l'état de droit démocratique**. Paris: Gallimard. 1997, p. 89-90.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² ANTONMATTEI, P. H. **Négociation collective**: une bonne nouvelle et une mauvaise. *Droit social*, 2007, p. 459.

⁷³ SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. *Droit social*. 2010, p. 525.

dos acordos. Além disso, como escreveu Alain Supiot, "os principais sindicatos mantêm com as condições de vida e de trabalho das classes média e trabalhadora um contato que os partidos políticos essencialmente perderam"⁷⁴, acrescentando que a própria ideia de democracia social não consiste principalmente em encontrar uma maioria, mas em alcançar um compromisso entre os interesses defendidos pelos diversos atores envolvidos.

No mesmo sentido, no Brasil com alteração da Reforma Trabalhista, ocorreu o fim da contribuição sindical, que derrubou a arrecadação dos sindicatos segundo dados do Ministério do Trabalho enviados em 86%. Aduz-se, como efeito, o entrave no primeiro semestre dos acordos coletivos. Nesse aspecto, houve a constitucionalidade da mudança perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que confirmou o caráter opcional do pagamento pelo trabalhador. Diante do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, está ocorrendo grandes dificuldades para fazer as negociações.

Observa-se que o fortalecimento dos sindicatos é a uma das condições essenciais para o diálogo social, que pode produzir resultados efetivos e favoráveis para os empregados. Mais especificamente, os sindicatos devem fortalecer sua capacidade de mobilizar funcionários com base em um projeto alternativa credível⁷⁵. Para fazer isso, os sindicatos tem que construir uma verdadeira solidariedade entre os funcionários, o que é algo diferente da justaposição de interesses especiais; eles devem também construir uma coalizão com outros movimentos sociais.

Em suma, os sindicatos precisam ser reconhecidos como atores essenciais na concepção e implementação de políticas públicas. O diálogo entre os atores do mundo do trabalho deve tender ao desenvolvimento econômico, social e ambiental. Elemento constitutivo da nossa democracia social é uma garantia de paz social, um fator de desempenho econômico e progresso social para o país, os trabalhadores e a empresa lideram. O diálogo social contribui para senso de trabalho e sua qualidade. Assim, garante a sua utilidade económica e social para o bem comum. O bem-estar

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ ANTONMATTEI, P. H. **Négociation collective**: une bonne nouvelle et une mauvaise. Droit social. 2007.

de um funcionário que é respeitado e ouvido está refletido na qualidade de vida no trabalho, produtividade e competitividade. Alguns aspectos do património cultural associado ao diálogo social podem aparecer como freios ou inadequações e outros, pelo contrário, como ativos.

No direito do trabalho, é o reconhecimento da utilidade e necessidade do diálogo social que na França surgiu com o artigo L. 1 do Código do Trabalho. Introduzido pela lei de modernização do diálogo social de 31 de janeiro de 2007, impõe, exceto em casos de urgência, uma consulta aos parceiros sociais antes de qualquer proposta de reforma proposta pelo Governo sobre o direito do trabalho. Melhor ainda para a ideia de autodeterminação coletiva, o terceiro parágrafo deste artigo permite que as organizações sindicais e de empregadores divulguem sua intenção de participar de uma negociação sobre o tema do projeto de reforma. E se tal negociação for proveitosa, um acordo Inter profissional nacional (ANI) sairá dela. A última, substituindo a lei, levanta a questão de sua legitimidade (A)⁷⁶.

Nesse sentido, a legislação negociada, tornou-se lei nacional na França e foi institucionalizada no direito da União Europeia. Com efeito, sabemos que a Comissão Europeia é obrigada a consultar os Conselhos sociais europeus (CSE) e Business Europeu, quando apresenta um projeto de regulamento ou diretiva sobre política social e que os referidos parceiros tem a oportunidade de significar sua disposição de participar de negociações sobre o tema do projeto. Se fizerem essa escolha, anularão o Parlamento Europeu e o Conselho e, assim, serão delegados, por lei, o poder de promulgar regras⁷⁷.

A inserção da economia nacional em um sistema globalizado requer regras que capaz de proteger os empregados, preservando a competitividade empresas. Muitos empregadores veem a relevância de uma representação estrutural e investem substancialmente na realização disso. Pagar horas de trabalho a tempo parcial e a

⁷⁶ ANTONMATTEI, P.-H. **Négociation collective**: une bonne nouvelle et une mauvaise. *Droit social*, 2007, p. 459.

⁷⁷ VERDIER, J.-M. et P. LANGLOIS. **Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif**. *D.* 1972, chr., p. 253. V. aussi : SUPLOT, A. **La loi dévorée par la convention ?**, in P. GERARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE, **Droit négocié, droit imposé ?**, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 633.

tempo inteiro aos representantes e dispor de pessoal e instalações no departamento de recursos humanos envolvidos no diálogo social e nas negociações estruturais. A maioria vê isso como dinheiro bem gasto, embora muitos sintam que poderia haver mais eficiência nas estruturas formais. O investimento no diálogo social de diversas formas é particularmente importante quando isso é enquadrado em uma relação cooperativa.

A acumulação flexível levou a constituição de um novo modo de trabalho e de vida pautado na simultaneidade da flexibilização das estruturas produtivas e salariais e no desmantelamento da proteção social⁷⁸, resultando na precarização social do trabalho, como “processo econômico, social e político que se tornou hegemônico e central na atual dinâmica do capitalismo”⁷⁹. Trata-se, de uma estratégia de dominação do capital largamente utilizada nos países centrais e periféricos do sistema capitalista no contexto da globalização e das políticas neoliberais, cujos resultados dentro e fora do mundo do trabalho se diferenciam em função das especificidades nacionais e regionais.

Referente as especificidades nacionais que diferenciam a França e o Brasil principalmente em relação a cidadania e direitos sociais conquistados, observa-se que a institucionalização da precarização do trabalho ocorreu por meio das alterações na legislação do trabalho e da previdência, das novas formas de atuação de instituições públicas e pela fragilização dos sindicatos. Em outros termos, nos casos brasileiro e francês, a precarização social se processou por meio de uma dupla institucionalidade: de um lado, a precarização econômica, que institucionalizou a flexibilização do trabalho; e, de outra parte, pela precarização do sistema de proteção ou Previdência Social⁸⁰

⁷⁸ BARRETO, T. da R. **Trabalhadores informais e desempregados**: a precarização como homogeneização “*sui generis*” na formação dos “sem emprego”. Salvador: UFBA, 2005, p.270. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal da Bahia, 2005. BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Petrópolis: Vozes, 1998.

⁷⁹ DRUCK, G. **Precarização social do trabalho**. In: IVO, A. B. L. (Coord). **Dicionário temático desenvolvimento e questão social**: 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume; Brasília: CNPq; Salvador: Fapesb, 2013. p. 373.

⁸⁰ HIRATA, H; PRÉTECEILLE, E. **Trabalho, exclusão e precarização socioeconômica**: o debate das ciências sociais na França. Caderno CRH, Salvador, n. 37, p. 47-80, jul./dez. 2002.

O Diálogo social como fonte de direito do trabalho exige que os parceiros sociais tenham espaço de manobra níveis que eles consideram apropriados. Uma nova arquitetura de padrões negociados pode ser previsto, mesmo que os atores do diálogo social tenham concepções diferentes sobre o assunto. Entretanto, os parceiros sociais não podem ser reforçados em relação ao legislador sem demonstrar a legitimidade da lei negociada.

A seguir será analisada a atual polêmica que foi instaurada com a reforma do Código do Trabalho em 2017, que ocorreu no Brasil e na França, e que tem um forte impacto sobre os procedimentos para o exercício do diálogo social nas empresas. Pois o lugar do diálogo social abrange tanto o direito como regulamentações nacionais como comunitárias, que visam a regulação das relações de trabalho sob o paradigma do direito privado e sua lógica negocial.

2.1.2 CAPÍTULO 2. QUAL É A SITUAÇÃO ATUAL DA RELAÇÃO ENTRE O CONTRATO E A LEI NA FRANÇA E NO BRASIL?

Com as recentes reformas do Código do Trabalho tanto no Brasil, quanto na França, que se baseia essencialmente na promoção da negociação coletiva. Isto é promovido pela proposta do negociado sobre o legislado, introduzindo regras de flexibilização nos contratos, nas jornadas, nas dispensas e no próprio acesso dos trabalhadores à Justiça⁸¹. O acordo coletivo é então promovido no nível da empresa, onde tende a se tornar uma ferramenta de regulamentação⁸². Esses textos possibilitaram a consolidação da inversão da pirâmide de normas e, ao mesmo tempo, estabeleceram condições para um diálogo social adaptado a cada contexto de negócios.

Nesta análise, a pesquisa versa sobre os reflexos destas reformas sobre a dinâmica do trabalho e do emprego, o foco do estudo é referente às novas leis trabalhistas de ambos os países. No caso francês, analisa-se a Lei n. 2016-1088 de 8 de agosto de 2016, (Lei El Khomri, ministra do trabalho na presidência de François Hollande) e as portarias de 22 de setembro de 2017 (Reforma Trabalhista) aprovado pelo atual presidente francês, Emmanuel Macron. E no caso brasileiro, a lei 13.467/2017 de 11 de novembro, (Reforma trabalhista).

A doutrina brasileira é no sentido de que deve prevalecer a norma mais favorável ao empregado, como decorrência do princípio da proteção, inerente ao Direito do Trabalho, de acordo com o art. 7º, caput, da CF/88. Ainda assim, admite-se a flexibilização de direitos trabalhistas, por meio de negociação coletiva, nas hipóteses de redução de salário, compensação e redução da jornada de trabalho e turnos ininterruptos de revezamento⁸³, justamente com os objetivos de proteção do emprego e de adaptação às atuais condições sociais e econômicas. Não podendo ser forçado a correr o risco de desenvolver efeitos oportunistas que, no final, prejudicariam o interesse social.

⁸¹ CANUT, F. GÉA, F. **Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)**. *Dr. soc.*, 2017, p. 47.

⁸² DOCKÈS, E. **Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel?**. *Dr. ouvrier*, 2015, p. 252.

⁸³ art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988.

Contudo, não há como negar a polêmica da reforma trabalhista, tanto na França como no Brasil, por diversos setores da sociedade. Na França o Parlamento, defendeu uma “revisão” negociada do direito social que se opõe a prevalência da negociação coletiva em face da legislação trabalhista, que continua à desafiar apoiantes de contratação. No mesmo sentido, no Brasil, as recentes reformas introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017 foram objeto de grande número de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tanto pela Procuradoria-Geral da República (PRG), quanto por entidades representativas de empregados, de empregadores e de setores diversos da economia, com o objetivo de afastar alguns dispositivos legais da Reforma.

No Brasil um dos pontos mais questionados diz respeito à contribuição sindical. O fim da obrigatoriedade da contribuição foi questionado em 19 ações. Em junho, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo com o entendimento de não se poder admitir a imposição da cobrança quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical⁸⁴.

A Lei do Trabalho visa introduzir um estilo francês de flexigurança. Seu objetivo é relaxar o código do trabalho para permitir que as empresas contratem e lidem com as condições econômicas de maneira mais ágil. Para isso, a Lei do Trabalho introduziu várias disposições: entre elas o início da inversão da hierarquia das normas em favor do diálogo social e referendo corporativo.

A Seção 2 da Lei do Trabalho Francês é um dos pontos mais criticados do projeto de lei. Ele prevê que um acordo de empresa, pode substituir as disposições de um contrato de agência, mesmo que o contrato da empresa seja menos favorável aos funcionários. Os oponentes da lei denunciam uma inversão da hierarquia das normas e um enorme declínio social.

Percebe-se, que os acordos inclusive podem ser ofensivos, o empregador e os sindicatos podem, por acordo de empresa, mudar as horas de trabalho (durante um período limitado de tempo), o método de remuneração por horas extras, o número dias. Em caso de acordo, estas mudanças são necessárias no contrato de trabalho

⁸⁴Notícias do TST. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445> Acesso em: 05 janeiro de 2019.

do empregado. Rejeitar as mudanças pode ser motivo para demissão econômica⁸⁵. Atenção, esses acordos podem ser implementados apenas em empresas com representantes sindicais. O governo foi inspirado pela Alemanha, onde esta medida ajudou a aumentar a competitividade e salvar muitos empregos no setor industrial.

A reforma trabalhista no Brasil

A normatização trabalhista brasileira, possui como principal aspecto a CLT criada no ano de 1943, a qual foi amplamente modificada com o decorrer do tempo, para se moldar a realidade contemporânea da sociedade, por intermédio de instrumentos legais diversos, tais como a criação do FGTS e via de consequência a extinção da estabilidade decenal garantida no emprego, criada pela CLT, assim como pela alteração da própria norma da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual foi modificada em mais de 379 artigos, relativos ao direito material de trabalho desde a data de sua origem (1943)⁸⁶.

A legislação trabalhista ganhou ênfase com o decorrer dos anos em diversos aspectos e das mais variadas formas, sendo flexibilizado o respectivo direito por intermédio da jurisprudência dominante, passando a existir Súmulas provenientes dos Tribunais do TST assim como dos TRT(s) de cada região, assim como com a publicação da Constituição Federal de 1988 a qual passou a aplicar a valorização do instituto do trabalho, em especial na seara social⁸⁷.

A Reforma trabalhista possui dois embasamentos primordiais para sua formação, quais sejam, a permissão da terceirização de atividades-fim, com origem no PLC nº 30/2015 (anterior PL nº 4330), e a preponderância do negociado sobre o legislado, apoiada nos Projetos de Lei nº 4193/2012 e 4962/2016 respectivamente. O

⁸⁵ De acordo com a lei Francesa desde 18 de Janeiro de 2005, a demissão é considerada econômico quando realizada por um empregador, por um ou vários motivos não relacionados à pessoa dos trabalhadores resultantes de excluir ou mudar de emprego ou modificação recusado pelo empregado de um elemento essencial do contrato de trabalho consecutivo particular com dificuldades econômicas ou mudanças tecnológicas, no caso de redundância, assim que estas são as circunstâncias externas que causam o empregador a um prazo para um ou mais contratos de trabalho.

⁸⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luís. **A CLT é velha**. Publicado em 27/3/2017 no blog pessoal do autor. Disponível em: <<[⁸⁷ Ibid.](http://www.jorgesoutomaior.com/blog/i-a-clt-e-velha.>> Acesso em set. 2018.</p></div><div data-bbox=)

conjunto dessas referidas propostas acabam descaracterizando a normatização trabalhista dominante, tendo em vista que a liberação da terceirização acaba retirando a particularidade do contrato bilateral, sendo este o pilar dos ulteriores direitos da CLT⁸⁸.

No que tange a sobreposição do negociado em relação ao legislado, é possível observar a um retrocesso relativo aos direitos dos trabalhadores, uma vez que os sindicatos que serão os detentores das negociações, em um momento de crise econômica e debilidade sindical, acaba por gerar uma negociação desfavorável aos labutadores⁸⁹.

A terceirização foi consagrada pela Lei nº 13.429/2017, já o ponto principal da reforma foi concebida com a Lei nº 13.467/2017, gerando a prevalência do negociado sobre a CLT, assim como alterando diversos institutos da seara trabalhista.

Ressalta-se que a Lei nº 13.467/2017, foi aprovada de modo acelerado, em dissonância do que exigem as Convenções nº 144 e 154 da OIT, que pugnam, respectivamente, pela ocorrência de consultas tripartite, bem como as organizações de trabalhadores, logo, a ausência de debate com a população e agilidade atípica para sua aprovação denota um teor pós-democrata⁹⁰.

Conforme é possível observar nas alterações legislativas ocorrentes, a reforma trabalhista brasileira inclusive em corroboração com a reforma trabalhista francesa denota-se que a ideia central da respectiva inovação, é de que o trabalhador possui autonomia individual, com maior liberdade de negociação com os empregados, tendo sido revisado quase a totalidade do texto da CLT, com atenção especial a perspectiva liberalizante, indo em desacordo o a hipossuficiência do trabalhador em face do

⁸⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014.

⁸⁹ DIEESE. **Balanco das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2016**. Disponível em: <<<http://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq81balancoReajustes1semestre2016.pdf>>> Acesso em set. 2018.

⁹⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

empregador, bem como o princípio da proteção ao trabalhador que fundou o Direito do Trabalho ⁹¹.

Com a ocorrência da reforma trabalhista adveio diversas mudanças, nesse sentido, vale mencionar as principais:

A empregada gestante passou a trabalhar em ambientes insalubres, o que antes era proibido pelo art. 394-A da CLT, ocorrendo à respectiva alteração com dois objetivos, evitar a discriminação de gênero no mercado de trabalho, tendo em vista que na maioria dos empregos para exercer atividades insalubres os homens é quem tinham preferência, uma vez que biologicamente não possuem condições de engravidar e por consequência não se afastariam da profissão durante o atinente período, o segundo motivo, foi para salvaguardar os valores auferidos pela gestante, não reduzindo dessa forma sua verba salarial, uma vez que em não se afastando de sua atividade não haverá cortes do adicional de insalubridade⁹².

O trabalho intermitente foi outra inovação trazida pela reforma, inspirado no modelo norte-americano, o qual especifica que pode ser celebrado contrato de trabalho por período labutado, auferindo o trabalhador pelo pagamento das horas ou diária que efetuar, com ensejo ao direito a férias, FGTS, previdência e 13º salário proporcional, devendo o empregado ser convocado com, no mínimo, três dias corridos de antecedência. Podendo inclusive prestar serviço a outros contratantes durante o período de inatividade ⁹³.

A essência da reforma trabalhista está ao envolvimento do surgimento da prevalência do negociado sobre a legislação, com previsão legal no art. 611-B da CLT, todavia, a negociação deve respeitar os direitos constitucionalmente garantidos, não sendo aplicado o respectivo dispositivo legal de modo taxativo, mas sim, restritivo⁹⁴.

⁹¹ STURMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

⁹² Parecer da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei 6.787/2016, Câmara dos Deputados. Presidente Daniel Vilela e Relator Rogério Marinho.

⁹³ LIMA, Francisco Melton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: Editora LTr, 2017, p. 62.

⁹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

Nesse viés, a respectiva prevalência da negociação sobre a legislação, surgiu como uma forma de flexibilização com o fito de combater a crise econômica, mantendo o mercado de trabalho competitivo, majorando dessa forma os lucros:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por uma norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada.⁹⁵

Portanto, no Brasil, bem como na França, as reformas trabalhistas de 2016 e 2017 (especialmente) tiveram como ponto principal o estabelecimento da prevalência da negociação coletiva sobre a legislação.

O sindicalismo também sofreu modificação com a Reforma Trabalhista, tornando facultativas as contribuições sindicais, gerando liberdade ao trabalhador, uma vez que condicionou a expressa autorização do empregado em permanecer contribuindo com o sindicato, todavia, retirou a fonte de custeio sindical e por consequência os enfraqueceu⁹⁶.

Os honorários advocatícios que antes não eram devidos pelo trabalhador se beneficiado com a Assistência Judiciária Gratuita – AJG, com o advento da reforma, amparado pelo art. 791-A da CLT, passou a instituir pagamento a parte contrária de honorários advocatícios sucumbenciais, no valor de 5% a 15% no limite dos valores auferidos na demanda, podendo ser exigido os valores no prazo de até dois anos art. 791-A, §4º da CLT, gerando dessa forma, receio de postular por pedidos que possuem grande chance de serem julgados improcedentes⁹⁷.

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

⁹⁶ LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Liberdade Sindical**: percursos e desafios na história constitucional brasileira. 1º. ed. São Paulo: LTr, 2011.

⁹⁷ SILVA, Fabrício Lima. **Aspectos processuais da Reforma Trabalhista - Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho**. Disponível em:

Nesse contexto, após o advento da reforma trabalhista, a primeira sentença proferida no Brasil, aplicou prontamente as novas normas processuais, julgando improcedentes os pedidos efetuados pelo empregado, assim como o condenando ao pagamento de honorário advocatícios e multa por litigância de má-fé, onerando o trabalhador de R\$8.500,00 ⁹⁸, gerando via de consequência a diminuição de demandas trabalhistas, tendo em vista a aplicação da e forma trabalhista em concomitância com os julgamentos amparados pela respectiva inovação legislativa.

Portanto, é possível observar:

uma significativa **diminuição no número de reclamações trabalhistas**. Constitui-se como principal consequência, o fato, que o processo ficou mais caro para o empregado e inibiu as queixas, pois, com a nova lei, há a possibilidade de o reclamante ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais, o que não ocorria anteriormente. Segundo o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a quantidade de ações trabalhistas abertas de janeiro a agosto de 2018 ficou, em média, 36,5% abaixo do mesmo período de 2017⁹⁹.

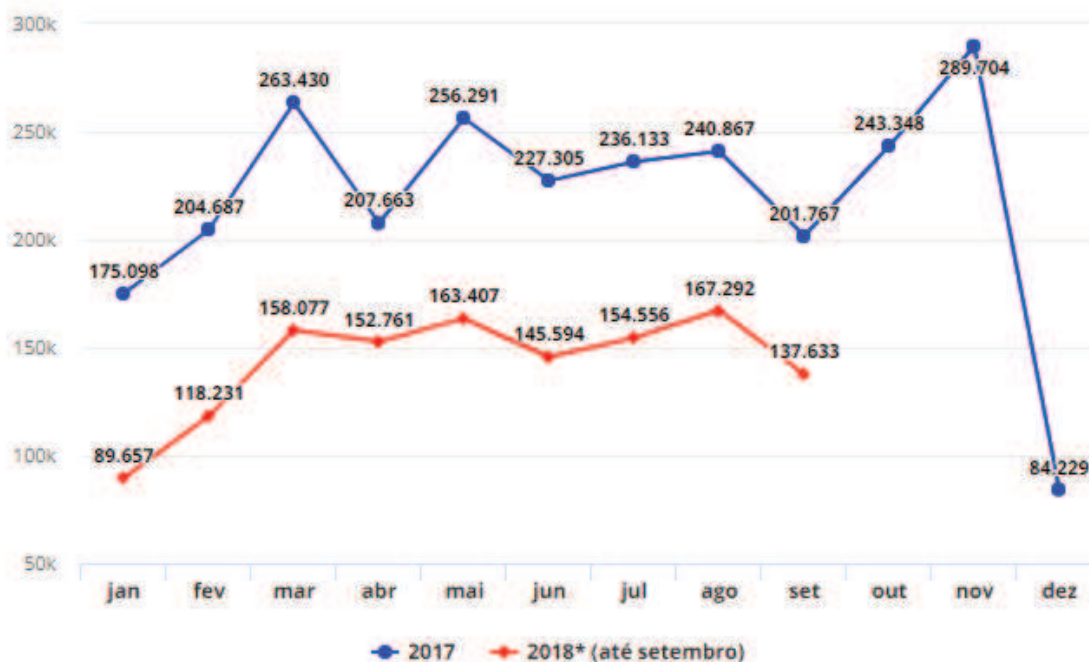
Figura 1 - Reclamações trabalhistas

Número de novas ações abertas nas varas do trabalho (1ª instância)

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-processuais-dareforma-trabalhista-20072017>. Acesso em out. 2018.

⁹⁸ Disponível em: <<https://g1.globo.com/bahia/noticia/no-1-dia-de-vigencia-da-reforma-trabalhista-juiz-na-bahia-condena-funcionario-a-pagar-r-85-mil-por-suposta-conduta-de-ma-fe.ghtml>>. Acesso em 08/10/2018.

⁹⁹ OLIVEIRA, Joésio Neves de, SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves. **Um ano de Reforma Trabalhista: análise do cenário atual e expectativas**. Revista Mensageiro, dez. 2018.



Fonte: TST

Fonte: Laporta.¹⁰⁰

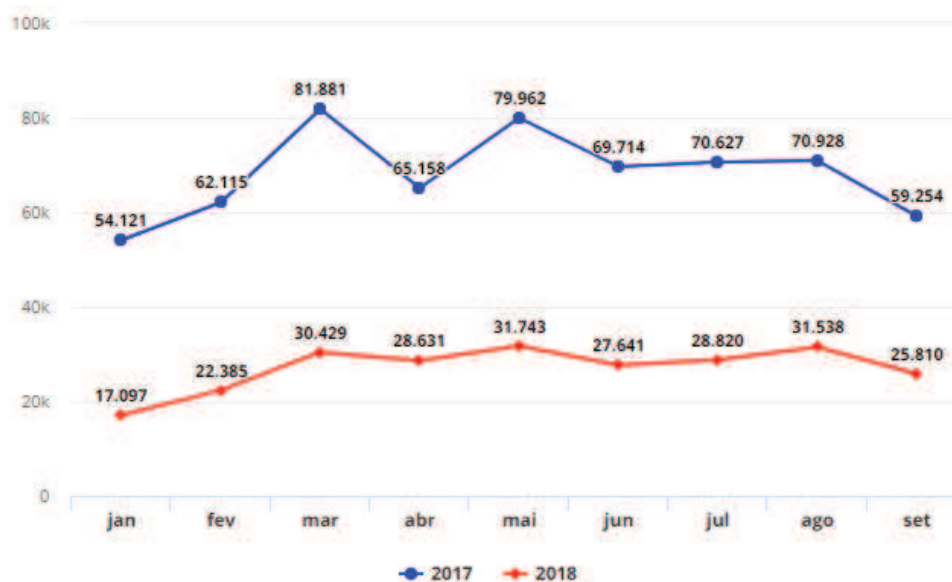
Nesse sentido as ações de indenização por danos morais na seara trabalhista também sofreram uma queda, tendo em vista os honorários sucumbenciais advindos com a reforma, assim como devido ao surgimento do art. Art. 223-G., §1º da CLT, o qual estabelece parâmetros e limites para o pagamento indenizatório pleiteado ¹⁰¹.

¹⁰⁰ LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

¹⁰¹ BRASIL. Lei 14.467/17. Loc. cit. “Art. 223-G [...] §1º I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.”

Figura 2 - Pedidos por dano moral

Quantidade entre janeiro e setembro



Fonte: TST

102

Fonte: Laporta.

Nesse contexto, foi visivelmente demonstrado a redução de demandas judiciais e o conseqüente descongestionamento do judiciário.

A flexibilização da legislação trabalhista, tem por finalidade aviltar o número de empregos e por conseqüência reduzir o desemprego melhorando a economia¹⁰³.

Nesse viés, constata-se que a proposta de reforma trabalhista após algum período de vigência

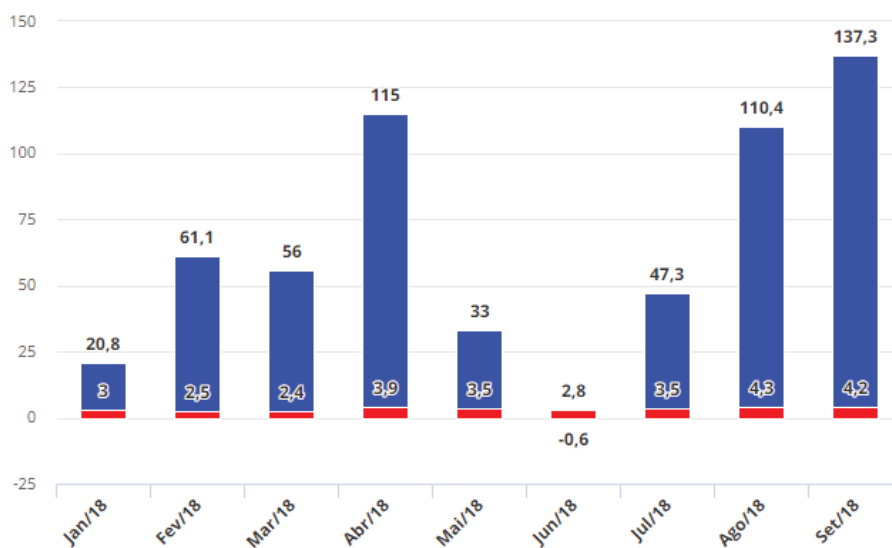
¹⁰² LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>> Acesso em: 03 jan. 2019.

¹⁰³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

melhorou a dinâmica das relações do trabalho, mas não gerou os empregos esperados. A taxa de desemprego no Brasil ainda atinge 12,5 milhões de brasileiros, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁰⁴.

Figura 3 - Geração de empregos no Brasil

Admissões menos demissões: geral (azul) e intermitentes (vermelho)



Fonte: Caged

105

Fonte: Laporta.

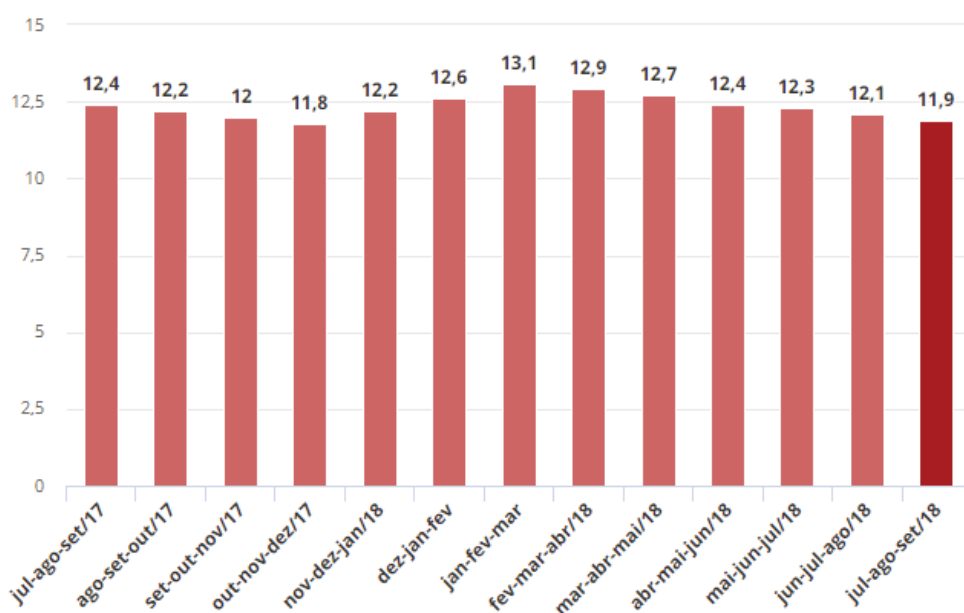
Verifica-se no gráfico que segue, que o índice de desemprego permaneceu nos mesmos moldes, em patamares não relativos aos que já vinham ocorrendo, ou seja, a reforma trabalhista não cumpriu com seu principal fundamento de redução de desemprego.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Joélsio Neves de, SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves. **Um ano de Reforma Trabalhista: análise do cenário atual e expectativas**. Revista Mensageiro, dez. 2018.

¹⁰⁵ LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>> Acesso em: 03 jan. 2019.

Figura 4 - Evolução da taxa de desemprego

Índice no trimestre móvel, em %



Fonte: IBGE

106

Fonte: Laporta.

A ausência de contribuições sindicais não fere a Carta Magna, esse foi o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao não admitir a ADPF, assegurando que:

poder-se-ia alegar que a própria Constituição prevê a existência da contribuição sindical, no inciso IV do art. 8º e na cabeça do art. 149. Mas tais dispositivos não fazem qualquer referência à obrigatoriedade da contribuição. É a Consolidação das Leis do Trabalho que torna impositivo o pagamento da contribuição sindical¹⁰⁷.

Nesse entendimento, adveio a reforma trabalhista, retirando a obrigatoriedade da contribuição social, a qual

derrubou a arrecadação dos sindicatos segundo dados do Ministério do Trabalho enviados em 86%. Aduz-se, como efeito, o entrave no primeiro semestre dos acordos coletivos. Nesse aspecto, houve a constitucionalidade

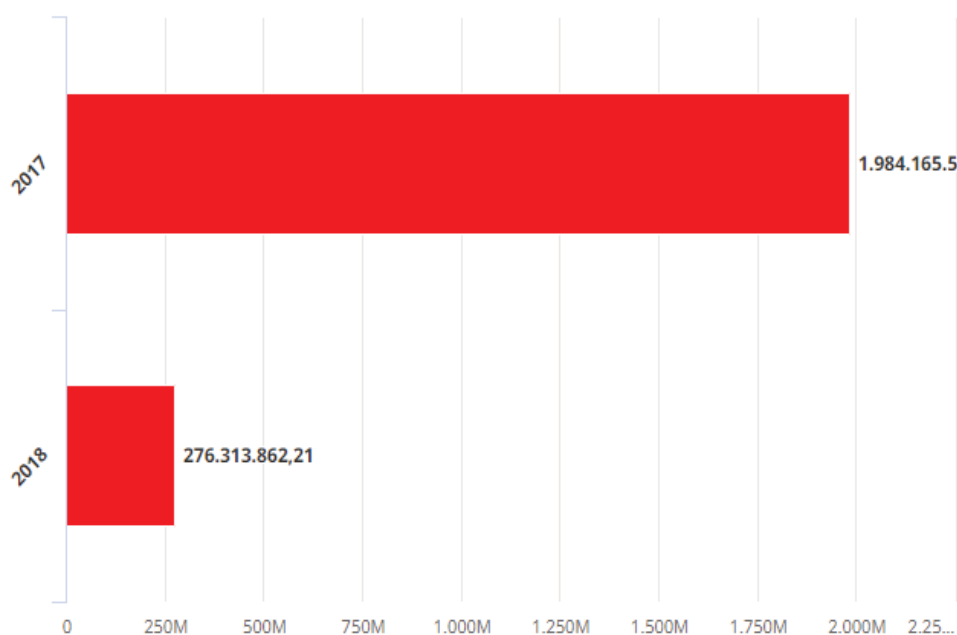
¹⁰⁶ LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>> Acesso em: 03 jan. 2019.

¹⁰⁷ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de (286) Preceito Fundamental 126, Origem : ADPF - 200291 - Supremo Tribunal Federal, Proced. : Distrito Federal, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 01/02/2013, Disponibilizado em: 07/02/2013, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=125544224&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: nov. 2018.

da mudança perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que confirmou o caráter opcional do pagamento pelo trabalhador ¹⁰⁸.

Figura 5 - Arrecadação sindical

Volume arrecadado de janeiro a setembro, em R\$



Fonte: MTE

109

Fonte: Laporta.

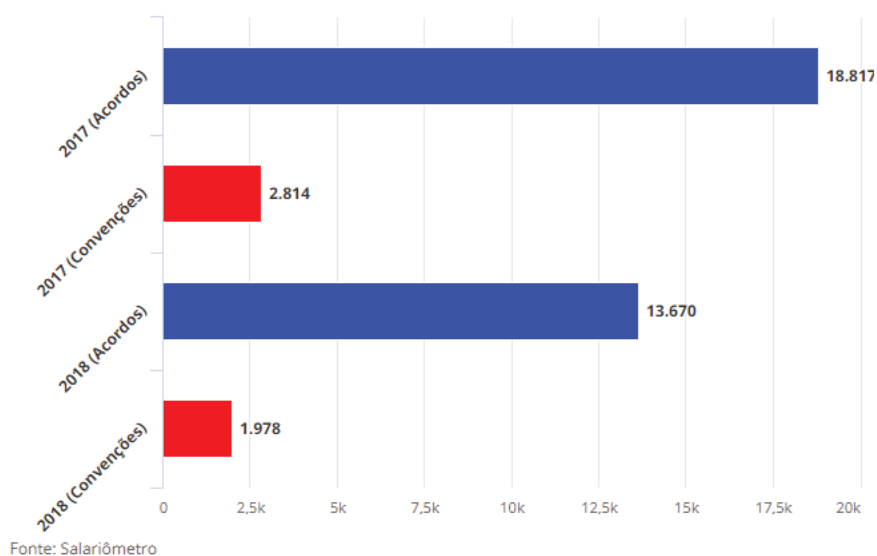
Outro aspecto importante proveniente da reforma trabalhista foi a redução dos acordos coletivos, tendo em vista as modificações ocorridas, trazendo insegurança, ante a falta de regulamentação interna entre trabalhadores e empregados.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Joélsio Neves de, SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves. **Um ano de Reforma Trabalhista: análise do cenário atual e expectativas**. Revista Mensageiro, dez. 2018.

¹⁰⁹ LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>> Acesso em: 03 jan. 2019.

Figura 6 - Negociações coletivas

Instrumentos protocolados de janeiro a agosto



1

Fonte: Laporta.

Durante o período de 2018, especialmente nos primeiros seis meses, foi possível averiguar quais foram os assuntos mais discutidos após a reforma trabalhista:

Figura 7 -Temas discutidos com mais frequência após a reforma trabalhista

Primeiro bimestre de 2018

¹ LAPORTA, T. **Reforma trabalhista completa 1 ano**; veja os principais efeitos. **G1**, São Paulo, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>> Acesso em: 03 jan. 2019.



2

A reforma trabalhista na França

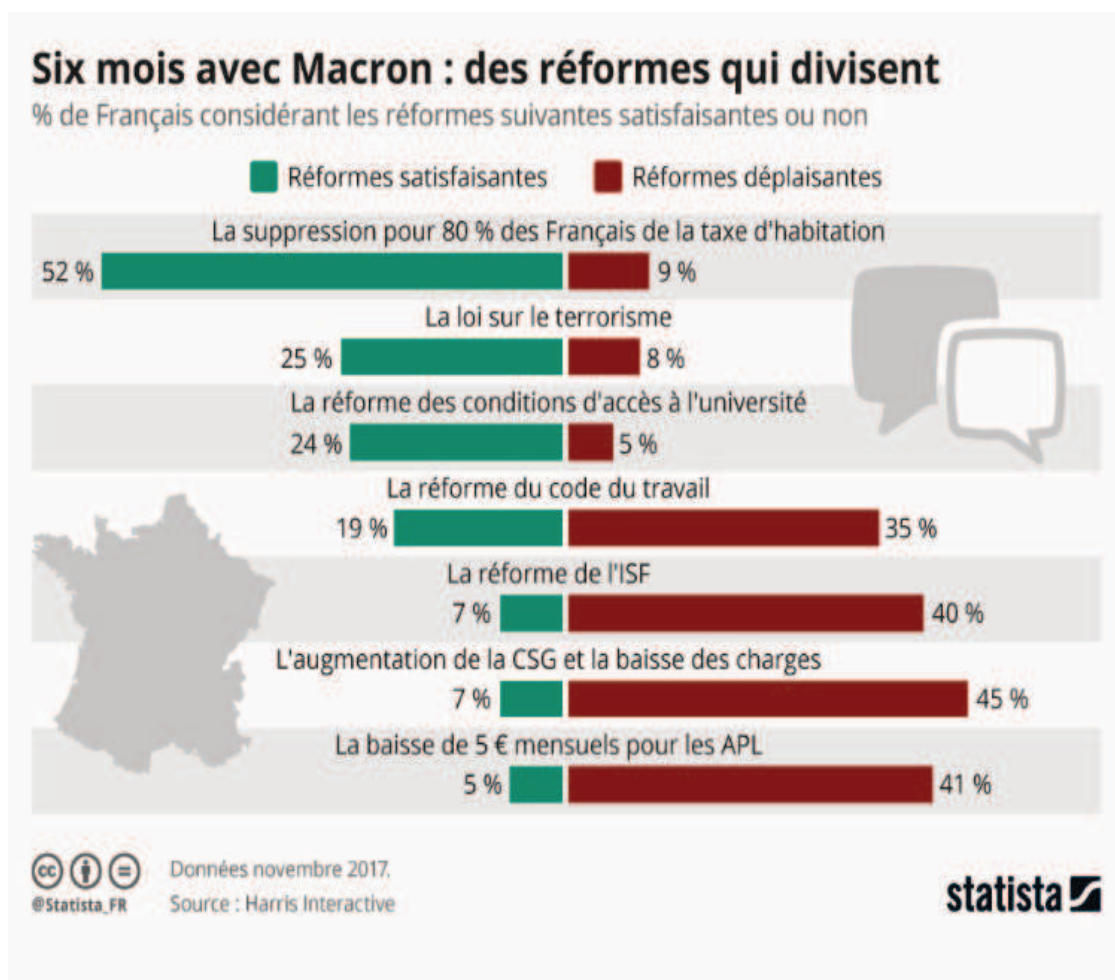
A França amparada pela mesma idealização do Brasil, flexibilização, vem efetuando mudanças desde os anos de 1980 na legislação trabalhista, sendo efetuadas sob a argumentação de ser necessária com o intuito de recuperar empregos, alterando seu entendimento de proteção ao trabalhador de modo vasto, dando atenção especial aos assuntos de contratação de mão-de-obra e jornada de trabalho ³.

Com a eleição do Presidente da República Emmanuel Macron, surgiram diversas mudanças sociais, em especial a reforma trabalhista, após seis meses no poder, foi efetuada pesquisa que constatou a satisfação de apenas 19% da população, sendo demonstrado que 35% dos franceses ficaram insatisfeitos com a inovação da legislação trabalhista

² Extra, globo. **número de acordos em convenções coletivas tem queda de 45% após reforma trabalhista.** disponível em: <[HTTPS://EXTRA.GLOBO.COM/NOTICIAS/ECONOMIA/NUMERO-DE-ACORDOS-EM-CONVENCOES-COLETIVAS-TEM-QUEDA-DE-45-APOS-REFORMA-TRABALHISTA-22968277.HTML](https://extra.globo.com/noticias/economia/numero-de-acordos-em-convencoes-coletivas-tem-queda-de-45-apos-reforma-trabalhista-22968277.html)>. Acesso em: 04 JAN. 2019.

³ EYDOUX , Anne; FRETTEL, Anne. **Réformes Du marche du travail** - Des reformes contre l'emploi, jan. 2016. Disponível em: <<[http:// www.atterres.org](http://www.atterres.org)>>. Acesso em: 04/10/2018.

Figura 8 - Porcentagem dos Franceses que consideram as seguintes reformas satisfatórias ou não:



FONTE: BOITTIAUX, Pascaline. *In*: Harris Interactive.

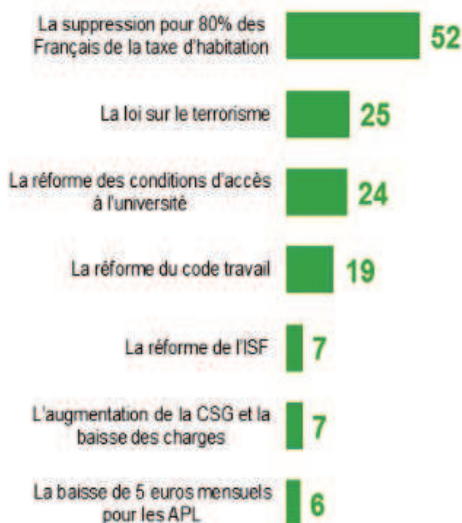
Em uma segunda pesquisa efetuada, é possível verificar que os dados anteriormente demonstrados, permanecem estáticos, corroborando com o exposto e ratificando o entendimento de insatisfação da população referente a reforma trabalhista.

Figura 9 - Entre as várias reformas empreendidas desde o início do período de cinco anos, quais as mais satisfeitas / desagradadas? Há 3 respostas possíveis:

¹ BOITTIAUX, Pascaline. Statistica, O portal de estatísticas. **Seis meses com Macron: reformas que dividem.** Disponível em: <https://fr.statista.com/infographie/11715/six-mois-avec-macron-_des-reformes-qui-divisent/>. Acesso em: 05 jan. 2019.

- À tous, en % -

Réformes ayant le plus satisfait les Français :



Réformes ayant le plus déçu aux Français :



FONTE: Harris Interactive.

Entre as mais diversas mudanças legislativas na seara trabalhista francesa, vale destacar a Lei “Auroux 1982”, que instituiu a viabilidade de negociação por empresa da jornada de trabalho; a Lei de 12 de novembro de 1996, que inseriu o dispositivo de negociação atípica, permitindo estabelecer acordos, bem como serem assinados, mesmo quando ausentes os delegados sindicais; a Lei 2004-391 de 04 de maio de 2004 ensejou a possibilidade ser derogado um acordo por ramo, salvo, os pertencentes a quatro matérias, quais sejam: salário mínimo, financiamento da formação profissional e proteção social complementar; e por fim a Lei 2015-990 de 6 de agosto de 2015 (também conhecida como Lei Macron), que permitiu a extensão do labor aos domingos, bem como alterou o período que caracteriza o trabalho noturno,

² LÉVY, Jean-Daniel. Harris Interactive. **Seis meses no elysee. francês olha para início de cinco anos de emmanuel macron - pesquisa para a França**. Disponível em: <<http://harris-interactive.fr/wp-content/uploads/sites/6/2017/11/Rapport-macron-6-mois-elysee-Harris-interactive-fr2.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

alterou as regras referentes a indenização na ocorrência de demissões, dentre diversas outras modificações³.

Recentemente surgiram inovações mais polêmicas, provenientes da reforma trabalhista a de 2016, conhecida como Lei El Khomri assinada pelo presidente François Hollande, a qual especifica que “os acordos de empresa passaram a ter precedência sobre as convenções coletivas”, e a de 2017, onde cinco decretos que implementarão a reforma foram assinados pelo presidente Emmanuel Macron na governança⁴.

Nesse viés, entre as mais diversas modificações provenientes da reforma trabalhista, vale destacar a flexibilidade das dispensas/demissões e negociação coletiva, assim como a jornada de trabalho por serem os pontos cruciais da respectiva inovação trabalhista⁵.

Outra inovação prazida por Macron, é que os empregados deixam de possuir dois anos para reivindicar seus direitos trabalhistas frente a justiça, passando para o prazo de um ano, além disso, as demissões por justa causa, ficam limitadas a um teto⁶.

A preocupação com a necessidade de uma reforma trabalhista na França teve como marco principal a crise financeira sofrida no ano de 2008 que assolou o País, se tornando medida prioritária conforme estabelecida pela Comissão Europeia, com a finalidade de majorar o nível de empregos, retomar o crescimento econômico da França e reduzir a pobreza, sendo necessário que para tanto, a flexibilização das normas trabalhistas, em especial, a facilitação de demissões e contratações⁷.

Durante a campanha do presidente Emmanuel Macron foram apresentadas diversas propostas, porém a principal, foi a flexibilização trabalhista, majorando o espaço da negociação por empresa. Após se tornar presidente, cumpriu com sua

³ EYDOUX, Anne; FRETTEL, Anne. **Réformes Du marché du travail** - Des reformes contre l'emploi, jan. 2016. Disponível em: <<<http://www.atterres.org>>>. Acesso em: 04/10/2018.

⁴ REUTERS, Le Monde. Folha de São Paulo. **Apesar de protestos, Macron aprova reforma trabalhista na França**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1920875-apesar-de-protestos-macron-aprova-reforma-trabalhista-na-franca.shtml>>. Acesso em: out. 2018.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ SCHÖMANN, Isabelle. **Réformes nationales du droit du travail en temps de crise**: Bilan alarmant pour les droits fondamentaux et la démocratie en Europe. , Revue Interventions économiques. le 01 mars 2015. Disponível em: < <http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/2437>> . Acesso em: 01 nov. 2018.

promessa política, decidindo efetuar a reforma por intermédio de Medida Provisória, diferentemente do presidente anterior que implementou a reforma no ano de 2016 por meio de projeto de lei apresentado ao parlamento, o qual inclusive, necessitou invocar a responsabilidade do governo para ocorrência de sua aprovação, tendo em vista a resistência existente no Congresso referente ao voto parlamentar ⁸.

A reforma de Macron robusteceu e majorou as possibilidades de utilização das normas estabelecidas na Lei El Khomri, em especial o aumento da possibilidade das negociações prevalecer sobre a legislação, tendo em vista que a reforma de 2016 ficou limitada à jornada de trabalho, sendo inclusive objeto de crítica efetuada por Macron à reforma El Khomri, uma vez que defendeu que a reforma deveria ser mais ampla, salientando que as negociações não deveriam nem mesmo ter o intermédio de sindicatos prevalecendo o acordo do setor/empresa sobre a lei ⁹.

Há quem compreenda que a reforma trabalhista trouxe retrocesso a sociedade, com corrosão dos direitos do trabalhador, com formas precárias de emprego, em especial as temporárias e com facilitações de demissão, com conseqüente redução do poder de compra, empobrecendo classes populares, aumentando dessa forma o grau de dependência dos patrões, melhorando de fato a economia e reduzindo demandas judiciais, todavia, reduzindo direitos e proteções aos trabalhadores.¹⁰

No que concerne a demissões por motivos econômicos, o presidente Maniel Macron estabeleceu na reforma de 2017, que os empregadores possuem maior flexibilidade para dispensar os empregados, tendo em vista que permitiu que a demissão voluntária mediante assinatura de um acordo, instrumento esse também denominado de ruptura convencional coletiva. Foi instituído, ainda, que a despedida pode ocorrer em casos de rejeição por parte do empregado de alteração do contrato de trabalho, ou seja, o trabalhador tem que aceitar alterar o contrato de trabalho unilateralmente pelo empregador, ou acabará sendo demitido ¹¹.

⁸ WILLEMEZ, Laurent. **Le travail dans son droit**. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017). Paris: L.G.D.J, 2017. (Collection: Contextes).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹¹ WILLEMEZ, Laurent. **Le travail dans son droit**. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017). Paris: L.G.D.J, 2017. (Collection: Contextes).

Referente ao assunto de demissões por justa causa, as mudanças trazidas pelas *ordonnances* são mais profundas, ficando convencionado que a empresa não é mais obrigada a comprovar a causa da demissão do empregado, diferentemente do entendimento anterior a reforma de 2017, desse modo, o empregador possui maior liberdade de ajustar o efetivo de funcionários a depender da produção e necessidade, influenciando diretamente na economia e no índice de emprego do País ¹².

A reforma de 2017

visa simplificar o código trabalhista francês, mas é rechaçada por sindicatos que alegam que os direitos dos trabalhadores serão reduzidos. As empresas terão maior flexibilidade para contratar e demitir, o que, segundo o governo, impulsionará o emprego.

Pequenas e médias empresas devem ser especialmente beneficiadas, podendo se adaptar melhor às suas respectivas necessidades. A reforma fortalece os acordos entre empregadores e empregados, que poderão negociar entre si salários, jornadas e garantias ¹³.

A jornada de trabalho também sofreu inovação, tendo em vista que embora “mantidas as 35 horas semanais, a carga horária pode subir para até 60 horas em circunstâncias excepcionais. Empresas ganham a chance de criar jornadas alternativas, com semanas de até 48 horas e turnos de 12 horas” ¹⁴.

Na França, as empresas de grande porte “antes deviam contar com quatro representantes: o delegado sindical, o delegado do pessoal, o comitê de empresa e o comitê de higiene, segurança e condições de trabalho.”¹⁵, ocorre que com a aprovação da reforma de 2017, a reforma fusionou os três últimos postos, causando com isso polêmica, protestos e desaprovações, todavia, acabou simplificando as representações. Além disso, nas pequenas e médias empresas não há mais

¹² WILLEMEZ, Laurent. **Le travail dans son droit**. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017). Paris: L.G.D.J, 2017. (Collection: Contextes).

¹³ DW Brasil/ Notícias e análises do Brasil e do mundo. **Macron aprova reforma trabalhista na França**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/macron-aprova-reforma-trabalhista-na-fran%C3%A7a/a-40649990>>. Acesso em: nov. 2018.

¹⁴ O TEMPO. **Os cinco principais pontos da polemica reforma trabalhista francesa**. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/capa/economia/os-cinco-principais-pontos-da-pol%C3%AAmica-reforma-trabalhista-francesa-1.1335371>>. Acesso em: out. 2018.

¹⁵ EXAME Abril. **Ao contrário do Brasil, França pode barrar reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/ao-contrario-do-brasil-franca-pode-barrar-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: nov. 2018.

necessidade de obedecer acordos da categoria, podendo ser resolvido mediante negociações internas.

Diversos protestos e graves passaram a existir com o surgimento da reforma trabalhista, apenas no ano de 2016 foram registradas 801 greves, das quais, 110 foram efetuadas em âmbito nacional e destas 13 foram greves gerais com o projeto de Lei El Khomri. No ano posterior, foram realizadas 4 greves nacionais contra os decretos assinados por Macron ¹⁶.

Outra importante reforma aprovada na França é a Fusão de órgãos representativos de pessoal, a Filosofia da reforma que configura o CSE é a ordem relativa à nova organização do diálogo social e econômico na empresa e a promoção do exercício e desenvolvimento das responsabilidades sindicais que une os representantes do pessoal (DP), o conselho de empresa (CE) e o CHSCT ou o delegação única de pessoal (DUP) em uma única instância: o comitê social e econômico (CSE) (portaria 2017-1386¹⁷ de 22 de setembro de 2017, OJ de 23)¹⁸.

O CSE é montado quando o limite de 11 funcionários em 12 meses consecutivos é atingido pela empresa. Onde os parceiros sociais também podem decidir criar o conselho de trabalhadores, em vez do CSE. O conselho de

¹⁶ LANDRÉ, Marc. Malgré la loi travail, les Français ont moins fait grève en 2016. Paris, **Le Figaro**, 18/01/2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/social/2017/01/18/20011-20170118ARTFIG00018-malgre-la-loi-travail-les-francais-ont-moins-fait-greve-en-2016.php>>. Acesso em: 07/07/2017.

¹⁷ Portaria n.º 2017-1386, de 22 de setembro de 2017, sobre a nova organização do diálogo social e econômico na empresa e a promoção do exercício e promoção das responsabilidades sindicais.

¹⁸ Groupe Revue Fiduciaire. **Réforme du code du travail**: Analyse. Ordennances Macron et code consolide., 1 ed. Paris: Les Guides RF. 2018.

trabalhadores pode então negociar acordos coletivos da empresa, como representantes sindicais (ver §§ 2-141¹⁹ e 2-142²⁰)²¹.

Este exercício, com poucas exceções, deveres dos representantes do pessoal abaixo do limiar de 50 funcionários que serão adicionados aos da CE e do HSC quando esse limite é atingido. Os seus recursos operacionais são semelhantes aos atualmente concedidos às IRPPP existentes (horas de delegação, membros eleitos e suplentes, liberdade de circulação, proteção, etc.). No entanto, deve-se notar que o texto deixa muito espaço para negociação com os parceiros sociais, seja por acordo coletivo ou por acordo entre o empregador e o CSE. Neste ponto, pode consultar a tabela que resume as principais negociações abertas ao empregador e aos parceiros sociais, ver § 2-143²². Os decretos restantes a serem publicados fornecerão os detalhes necessários para sua implementação. Depois destes apareceu, esta implementação será progressiva, mas em qualquer caso, o DP, CE e CHSCT será substituído pelo CSE em ou antes de 1º de janeiro de 2020²³.

Neste sentido, a reforma do Direito do Trabalho tem por finalidade adequar as condições de trabalho de tal forma que possa garantir melhores condições de labor e também condições sociais ao trabalhador, tem também a função tutelar, social além de equilibrar as relações entre empregados e empregadores, estabelecendo regras mínimas e garantindo a condição social destes.

¹⁹ **Novo jogador na negociação coletiva.** O conselho de trabalhadores é um novo órgão negociador sem substituir completamente o delegado sindical. De facto, o conselho de empresa é o único competente para negociar, celebrar e rever os acordos e acordos de empresas ou estabelecimentos, com a exceção, no entanto, de acordos sujeitos a regras de validade específicas. Outro fator interessante é que O tempo gasto na negociação é considerado automaticamente como tempo de trabalho e pago na data normal de vencimento (Artigo L. 2321-5) .

²⁰ Refere-se a validade dos acordos celebrados pelo conselho de empresa. 2-142 - Para ser válido, o acordo concluído com o conselho de trabalhadores deve ser assinado pela maioria dos membros eleitos do conselho de trabalhadores ou por um ou mais membros regulares que tenham obtido a maioria dos votos expressos (mais de 50%). as últimas eleições profissionais (artigo L. 2321-9) .

²¹ Groupe Revue Fiduciaire. **Réforme du code du travail:** Analyse. Ordennances Macron et code consolide., 1 ed. Paris: Les Guides RF. 2018.

²² Ref. principais negociações abertas ao empregador no CES e modalidades de negociação.

²³ Groupe Revue Fiduciaire. **Réforme du code du travail:** Analyse. Ordennances Macron et code consolide., 1 ed. Paris: Les Guides RF. 2018.

2.2 TÍTULO 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIÁLOGO SOCIAL

Essas recentes reformas trabalhistas, levantam novas dificuldades constitucionais, contribuindo necessariamente para a inclusão na constituição de um novo método de elaboração do direito social. Diante destes fatos, a evolução, é de fato questionável se a Constituição pretende desempenhar o lado da melhoria ou o lado da depreciação dos direitos trabalhistas atuais.

Seria então uma nova aplicação da constitucionalização que tem sido até agora percebida como a força motriz por trás das transformações do direito trabalhista como um obstáculo para estes.

Este desenvolvimento baseia-se no pressuposto de que os parceiros sociais estariam sempre melhor colocados do que o legislador para determinar as dificuldades e encontrar as soluções mais adequadas. Essa ideia, que se espalha no discurso político e jurídico, pode ser discutida²⁴. Por sua vez, o Conselho Constitucional, não está interessado na relevância do uso da negociação coletiva. Seu papel é controlar o cumprimento da Constituição das modalidades escolhidas pelo legislador. Algumas dessas novas modalidades apresentam uma originalidade real em relação às técnicas usualmente utilizadas pelo legislador. O Conselho Constitucional, portanto, levanta novas questões constitucionais que provavelmente amplificarão e enriquecerão a constitucionalização transnacional²⁵ do direito do trabalho.

Segundo Rousseau, para que ocorra, a qualidade democrática do sistema depende da organização de dois espaços institucionais e de sua articulação, tendo em vista que o controle da constitucionalidade é o elemento que realiza o projeto de representação democrática instituindo um sistema político baseado em dois espaços institucionais: “a instituição que permite que os representantes votem a lei – o Parlamento – e a instituição que permite aos cidadãos demandar contra a lei com base na Constituição – a jurisdição constitucional”²⁶.

²⁴ COMBREXELLE, J.-D. **La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre**. France: Stratégie, 2015, p. 79.

²⁵ THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambrigde, 2016.

²⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

Desta forma serão analisadas, as propostas para incluir na constituição a obrigação do diálogo social como um pré-requisito para a lei na França e no Brasil (Capítulo 1). Bem como as vantagens e desvantagens da constitucionalização do diálogo social (Capítulo 2).

2.2.1 CAPÍTULO 1. AS PROPOSTAS PARA INCLUIR NA CONSTITUIÇÃO A OBRIGAÇÃO DO DIÁLOGO SOCIAL COMO UM PRÉ-REQUISITO PARA A LEI NA FRANÇA E NO BRASIL

As últimas décadas a partir de uma visão mundial tem-se o fenômeno da globalização, mencionado por Bourdieu, denominado de “mito justificador” que o envolve, com o mercado financeiro²⁷. Além, do esgotamento do fordismo e do aparecimento de um novo paradigma, flexibilização de produção que envolve os padrões de consumo e as relações de trabalho. Neste sentido será analisada a adoção da Lei de Modernização do Diálogo Social²⁸, bem como a recodificação do Código do Trabalho, que explicitamente tornaram o nível de negociação, um importante lugar no processo legislativo. Atualmente pode-se pensar que os parceiros sociais se tornaram verdadeiros “pré-legisladores”, sem que a lei tenha abordado a questão da representatividade das organizações de empregadores a esta escala. A presente pesquisa apresenta como objeto primordial a análise das propostas do Brasil e da França, para incluir na constituição a obrigação do Diálogo Social²⁹.

Segundo Castel a estabilidade do contrato de trabalho está perdendo força, sendo substituído por “formas particulares de emprego”, tendo em vista as transformações no mercado do trabalho, surgem várias formas de contratos de trabalho por exemplo de: tempo determinado, interinidade, de tempo parcial e diferentes formas de “emprego ajudado” (resultante de políticas públicas de combate ao desemprego). Seria a reedição da “vulnerabilidade de massa”, mesmo onde havia sido aparentemente superada³⁰. Para que não haja este retrocesso torna-se

²⁷ BOURDIEU, P. **Contrafogos**: Táticas para enfrentar a visão neoliberal. Rio de Janeiro. 1998.

²⁸ a Lei nº 2007-130 de 31 de janeiro de 2007 a modernização do diálogo social, *JO* n ° 27 de 1st fevereiro 200.

²⁹ O Diálogo social é o quarto objetivo estratégico da promoção de trabalho decente lançada pela OIT. O diálogo social deve permitir que as normas, as políticas públicas e os programas sociais estejam direcionados para as atividades laborais e sejam construídos democraticamente por meio do debate tripartite - entre o governo, os trabalhadores e os empregadores; ou pelo debate bipartite, entre os Parceiros Sociais (sindicatos) e as organizações dos empregadores.

³⁰ CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social**: Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes. 1998.

necessário a constitucionalização do Direito do Trabalho, visando o avanço social e não a precarização deste.

Será analisada a polêmica da vigência da Convenção nº 87 no ordenamento jurídico brasileiro e da lei *Larcher* de 31 de janeiro na 2007 na França, a fim de verificar a sua aplicação, no contexto atual, a fim de avançar o diálogo social por meio de duas propostas: o fortalecimento da representatividade sindical, e o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho.

A negociação pré-legal é uma prática que há muito almeja a constitucionalização. Seu valor constitucional, no entanto, nunca foi reconhecido. Pelo contrário, pode-se duvidar da constitucionalidade dessa prática juridicamente consagrada. Primeiramente nota-se a ausência de um valor constitucional da negociação legislativa. Mesmo sendo uma prática antiga. As leis negociadas surgiram e se desenvolveram a partir do início da década de 1970. Durante esse período, as leis sobre formação profissional, as demissões por razões econômicas³¹ ou a lei de mensuração³² fornecem os primeiros exemplos de leis negociadas³³. Esta prática é e tornou-se muito comum nas últimas década³⁴, embora haja exceções a notável, como a lei de 8 de agosto de 2016, conhecida como a "Lei El-Khomri", em que o governo decidiu não consultar os parceiros sociais antes do projeto de lei ser apresentado no Parlamento.

A recusa de uma constitucionalização "com textos constantes". O Conselho Constitucional afirmou repetidamente que a negociação pré-legislativa não é um direito garantido constitucionalmente. Já em 1998, ele considerou que "nem as disposições do oitavo parágrafo preambular da Constituição de 1946 invocadas pelos requerentes nem qualquer outra regra de valor constitucional obrigam o Governo a preceder a apresentação ao Parlamento de um projeto de lei com provisões sobre os

³¹ Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 *relative aux licenciements pour cause économique*.

³² Loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 *relativo ao pagamento mensal*.

³³ DESPAX. M. **De l'accord à la loi**. Dr. soc. 1987. p. 184.

³⁴ Geralmente, a abertura de uma negociação tem sido amplamente encorajada, se não solicitada, pelo Governo, que então indica antecipadamente que irá retomar, se necessário, em um projeto de lei as disposições do acordo envolvendo mudanças legislativas. É também possível que "os parceiros sociais, sem que o legislador tenha intervindo para lhes dar a competência necessária, cheguem a acordo sobre novas regras que exijam uma modificação da lei: MORIN M.-L., **Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit**. Paris: LGDJ. 1994. p. 611.

princípios fundamentais do direito do trabalho nas negociações entre os parceiros sociais"³⁵. Acontece que, de fato, existem vários obstáculos para o reconhecimento do valor constitucional da negociação pré-legal.

Denota-se também a insuficiência do oitavo parágrafo preambular. O parágrafo 8 do Preâmbulo da atual Constituição Francesa que reconhece o direito dos trabalhadores, através de seus delegados, de participar da determinação coletiva das condições de trabalho. No entanto, a área da lei de acordo com o artigo 34 da Constituição é a determinação dos princípios fundamentais no direito do trabalho. Para admitir a existência de um papel constitucional dos parceiros sociais na elaboração da lei, deve considerar-se que o âmbito do oitavo parágrafo do preâmbulo e do artigo 34.º da Constituição coincidem. Este não é o caso. Por um lado, de acordo com o texto constitucional, o legislador não deve lidar com a determinação das condições de trabalho, uma vez que, com algumas exceções³⁶, estes não são princípios fundamentais.

Por outro lado, os parceiros sociais, são competentes apenas para a determinação das condições de trabalho, não têm que intervir para determinar os princípios fundamentais do direito do trabalho. Consequentemente, o artigo 34 da Constituição e o parágrafo 8 do Preâmbulo de 1946 não pretendem, em princípio, reunir-se. A aspiração de constitucionalizar a negociação legislativa é, portanto, fútil. É apenas uma prática tolerada.

Em relação à primeira medida, qual seja, o fortalecimento da representatividade sindical, cumpre ressaltar que se trata de medida urgente a robustecer o diálogo social. A recodificação do direito do trabalho com esse nível de negociação explicitamente tornaram os acordos interacionais nacionais, uma categoria legal de acordos coletivos, oportunizando para o governo francês caracterizar a Agencia Nacional de Inovação (ANI), através da criação de uma seção especial do novo

³⁵ Cons. const., Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, rec., p. 258, (cons. 6) ; Plus récemment, sur l'article L. 2 du Code du travail, v. Cons. const., Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances rectificative pour 2013*, rec., p. 1116, (cons. 19). ODOUL-ASOREY I. **Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel**. Dr. ouvrier, 2016, p. 426 - 431.

³⁶ (al. 5 du Préambule de 1946) où à la santé (al. 10 et 11 du Préambule de 1946).

Código do Trabalho³⁷, agora dedicada a este único nível de negociação³⁸. Deve-se recordar que, em sua redação anterior, o Código tratou, em uma única seção, das regras aplicáveis aos "acordos coletivos de ramo e acordos profissionais ou interprofissionais"³⁹. Ao fazê-lo, a lei de 4 de maio de 2004 "ajudou a tornar a negociação Interprofissional um nível identificável e provavelmente autônomo de barganha, distinto da barganha das filiais"⁴⁰. Neste sentido, a lei negociada é uma fonte de desafios para os empregadores na economia social.

Já a adoção da Lei da Modernização do Diálogo Social⁴¹ também deu à negociação nacional e interprofissional um novo lugar no processo legislativo para a adoção de textos relativos ao direito do trabalho, ao emprego e à formação profissional. De fato, o artigo L. 1 da Lei do Trabalho prevê agora que:

"Qualquer projecto de reforma previsto pelo Governo, que diga respeito às relações laborais individuais e colectivas, ao emprego e à formação profissional e que se insere no âmbito das negociações nacionais e interprofissionais, é objecto de consulta prévia às organizações interessadas. sindicatos de empregados e empregadores representativos a nível nacional e interprofissional, com vista à possível abertura de tais negociações. Para este fim, o Governo fornece-lhes um documento de orientação que apresenta os elementos de diagnóstico, os objetivos perseguidos e as principais opções. Ao dar a conhecer a sua intenção de entrar em tais negociações, as organizações também indicam ao Governo o período de tempo que consideram necessário para conduzir as negociações. Este artigo não é aplicável em caso de emergência. Quando o Governo decide implementar um projeto de reforma na ausência de um procedimento de consulta, ele comunica essa decisão às organizações mencionadas no primeiro parágrafo, motivando-a em um documento que transmite a essas organizações antes de tomar qualquer ação. necessário pela urgência »⁴².

Dada a natureza restritiva desta disposição limitada apenas contas (assim do governo), o Senado como a Assembleia Nacional aprovou na França, respectivamente, em 16 de Dezembro de 2009 e 16 de fevereiro de 2010, os "protocolos que organizam, a consulta aos parceiros sociais antes da análise das propostas de legislação sobre relações laborais individuais e coletivas, de emprego e

³⁷ COMBEXELLE J.-D., Lanouzière H. **Les enjeux de la recodification du Code du travail**. Droit Social, n° 5, mai, 2007, pp. 517-521.

³⁸ Artigos L. 2232-1 e seguintes Do Código do Trabalho.

³⁹ Artigo L. 132-11 e seguintes Do Código do Trabalho, antes da recodificação.

⁴⁰ GAURIAU, B. **La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle**. Semaine juridique social, n° 22, 29 mai, 2012. p. 1239.

⁴¹ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

⁴² Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

formação profissional "para o Senado e" sobre a consulta dos parceiros sociais sobre as propostas de direito social que estão no campo da negociação coletiva, para a Assembléia Nacional.

Ao contrário do artigo L. 1 do Código do Trabalho Francês, a Mesa do Senado e a Conferência dos Presidentes da Assembleia não quiseram endossar definitivamente esta posição dos parceiros sociais no processo legislativo, já que em ambos os casos, esses protocolos foram instituídos experimentalmente, a da Assembleia Nacional deveria, em princípio, ter sido avaliada antes de 30 de setembro de 2011.

A caracterização do ANI, o lugar da negociação interprofissional nacional na prática legislativa⁴³ e o reconhecimento da representatividade das organizações profissionais referem-se a diferentes mecanismos legais, ainda que apenas pelo seu lugar no Código do trabalho⁴⁴, é difícil não fazer uma ligação entre eles, o que não pode ser reduzida à coincidência das suas reformas⁴⁵.

Reconhecer o lugar da negociação coletiva interprofissional no processo legislativo e clarificar as regras para a ANI válida só poderia reforçar a determinação das partes interessadas, tais como empregadores da economia social para participar plenamente desta construção particular do direito constitucional.

Segundo Verkindt, "nós voluntariamente adicionamos, para usar uma metáfora arquitetônica, estes dois pilares referente a igualdade de representação e negociação coletiva estão ligados por um arco cuja pedra angular é a representatividade sindical da qual percebemos a centralidade"⁴⁶.

Qualquer projeto ou projeto de lei privada sob o campo da inter-negociação deve ser objeto de consulta prévia com os parceiros sociais, que estavam então a capacidade de decidir sobre a abertura de negociação coletiva a este nível. Estas disposições tem dois lados: por um lado, os parceiros sociais passam a fazer parte de

⁴³ DESPAX, M. **De l'accord à la loi**. Droit social, n° 3, mars, 1987. pp. 184-193.

⁴⁴ Artigos L. 1, L. 2121-1 e L. 2232-1 do Código do Trabalho.

⁴⁵ Lei n ° 2007-130 de 31 de janeiro de 2007 de modernização do diálogo social e lei n ° 2008-789 de 20 de agosto (...)

⁴⁶ VERKINDT P.-Y. **Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale**. Semaine juridique social n° 22, 29 mai, 2012. p. 1233.

uma nova forma de legislação que chamamos de "lei negociada". Por outro lado, as organizações patronais estão envolvidas neste novo processo legislativo⁴⁷.

Inclusive a OIT, por meio das Convenções n. 98 e 154, incentivam a prática da negociação coletiva, o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, órgão que aprecia reclamações de sindicatos sobre eventual violação da liberdade sindical no país, considera o direito de negociar, algo essencial da liberdade sindical, sendo imprescindível a boa-fé pelas partes negociantes, como meio de inspiração da mútua confiança, necessário para o êxito da negociação⁴⁸.

Com relação as funções da OIT, se destaca o estabelecimento de normas internacionais trabalhistas, elaboradas no curso de suas conferências internacionais do trabalho, por meio de recomendações e convenções, sendo que estas “constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos, aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente os seus membros”⁴⁹. Portanto, a OIT é uma política social de cooperação e desenvolvimento social entre todos os sistemas jurídicos nacionais para a melhoria das condições de trabalho, com implemento de normas protetivas sociais universais para os trabalhadores e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos do Trabalhador”⁵⁰.

É claro que as negociações coletivas não poderiam criar direitos menos favoráveis aos trabalhadores e deveriam respeitar não somente os direitos previstos nas legislações nacionais/locais, mas também as normas da OIT, o que poderia ser realizado por meio da negociação articulada. Tal como menciona Nascimento:

Quanto às relações entre os diferentes níveis de negociação há modelos de negociação articulada, como a Itália, inter-relacionando-se os contratos coletivos das centrais sindicais e os acordos coletivos de categoria e empresa, de modo que os primeiros estabelecem parâmetros máximos e mínimos que devem ser observados por estes, espécie de negócio jurídico coligado, iterativo, e há o modelo de negociação desvinculada, como no Brasil, sendo independentes as

⁴⁷ SUPIOT, A. **Un faux dilemme**: la loi ou le contrat?. *Droit Social*, janvier, 2003, pp. 59-71.

⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 502

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTR, 2006. p. 155.

⁵⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, nº 5, p. 604-615, mai/2007.

convenções e os acordos coletivos, hierarquicamente aplicável à cláusula mais favorável ao trabalhador na comparação entre as que foram em ambos fixadas (CLT, art. 620)⁵¹.

A legitimidade da organização sindical é importante, mas depende da sua força de mobilização e representatividade perante seus representados. O Brasil, juntamente com os Estados Unidos, Índia, China e Irã, não assinaram a Convenção nº 87, e tais países representam grande parte da mão de obra do mundo. Esse fato compromete consideravelmente a efetividade desse instrumento. A omissão destes países contribui para o enfraquecimento da liberdade sindical, interferindo na consolidação do diálogo social. Portanto, torna-se necessário a efetivação da Convenção nº 87, que é um dos pilares que a OIT tem como medida necessária para fortificar o Diálogo Social⁵².

Com relação, a França a lei *Larcher* de 31 de Janeiro de 2007, também não foi submetido ao Conselho Constitucional, apenas inserido no artigo do Código do Trabalho: L.1: Qualquer proposta reforma prevista pelo Governo que lida com relações de trabalho individuais e coletivas, emprego e formação profissional e que se enquadra no âmbito da negociação nacional e inter está sujeita a consulta prévia com os sindicatos e empregados empregadores representativos a nível nacional e interprofissional, com vista à possível abertura de tais negociações.

Contudo, o artigo L. 1 dá prioridade aos parceiros sociais representativos para negociarem certos projetos de reforma. Desta forma desde a lei "Larcher" de 31 de janeiro de 2007, qualquer projeto de reforma previsto pelo Governo que lide com as relações trabalhistas individuais e coletivas, emprego e formação profissional e que se enquadre no âmbito da negociação nacional e interprofissional, deve ser objeto de consulta prévia com organizações sindicais de empregados e empregadores representativos em nível nacional e interprofissional. Tendo em vista a possível abertura de uma negociação a este nível. Nesse caso, o Governo comunica

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 502

⁵² CENCI, Elve, Miguel, TESTA, Janaina Vargas. Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <file:///C:/Users/115-5548 C20/Desktop/TEXTOS%20PARA%20TESE/DIREITO%20DO%20Trabalho%20OIT.pdf> Acesso em: 04, dez. 2018.

aos parceiros sociais representativos um documento de orientação que apresenta os elementos de diagnóstico, os objetivos perseguidos e as principais opções⁵³.

Ao anunciar a sua intenção de entrar nessas negociações, os parceiros sociais também indicam ao Governo o prazo que consideram necessário para conduzir as negociações. A obrigação de consulta prévia não se aplica em caso de emergência. Quando o Governo decide implementar um projeto de reforma na ausência de um procedimento de consulta, informa os parceiros sociais representativos desta decisão num documento que transmite a essas organizações antes de tomar qualquer medida exigida pela emergência. Embora esta opção nunca tenha sido usada pelo governo, isso não a impediu de implementar o procedimento acelerado ao examinar vários projetos de lei que transcrevem um acordo nacional interprofissional (ANI), cujas regras de validade são lembradas no início deste tópico⁵⁴.

Cabe ao Conselho de Estado assegurar o cumprimento do Artigo L. 1 ao emitir um parecer sobre os projetos de reforma apresentados pelo Governo. A lei de 31 de janeiro de 2007 também incluía no Código do Trabalho um artigo que obriga o Governo a apresentar projetos de leis e regulamentos redigidos no campo definido pelo Artigo L. 1, dependendo do assunto, seja ao Comissão Nacional de Negociação Colectiva (CNNC) ou Conselho Nacional de Emprego, Formação e Orientação Profissional (CNEFOP). Além disso, esta lei especificava as tarefas da CNNC e obrigava o Governo a apresentar um relatório anual ao Parlamento sobre a implementação do Artigo L. 1, em particular: Um dispositivo emoldurado que preserve as prerrogativas do Governo⁵⁵.

Vale a pena recordar os limites legais da consulta obrigatória dos parceiros sociais prevista no artigo L. 1. Em primeiro lugar, este artigo aplica-se apenas

⁵³ BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019.

⁵⁴ BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019.

⁵⁵ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

a projetos do Governo , e não a propostas legislativas, daí a elaboração de protocolos *ad hoc* por assembleias parlamentares. Por outro lado, o Artigo L. 1 é, em teoria, essencial para qualquer projeto de reforma proposto pelo Governo, seja sob a forma de uma lei, uma portaria ou um regulamento.

Logo, como relatado acima, o Governo pode se abster das regras previstas no Artigo L. 1 em caso de emergência, por uma decisão que é sua única responsabilidade, desde que seja motivada pelos parceiros social. Se ele considera que a situação econômica e social o justifica, ele também tem o direito de organizar uma consulta social dentro de prazos apertados que ele mesmo fixa.

Além disso, as reformas relativas ao código da segurança social, à fiscalidade ou às pensões estão excluídas do artigo L. 1. Certas disposições não se destinam a ser tratadas no contexto da negociação interprofissional nacional . As reformas relativas à continuidade do serviço público no transporte terrestre de passageiros, à organização dos serviços de inspeção do trabalho ou ao fortalecimento da luta contra a ilegalidade foram, portanto, excluídas da aplicação do artigo L. 1 uma concorrência social injusta. Algumas mudanças legislativas, embora formalmente façam parte de uma negociação nacional interprofissional, também não são consideradas reformas. É o caso de disposições que, excepcionalmente, libertam montantes da participação, disposições que completam a transposição de uma diretiva ou medidas de precisão e coordenação de reformas anteriores⁵⁶.

Além disso, os atores negociadores estão limitados àqueles que são representativos no nível nacional e interprofissional . Como resultado, organizações sindicais não representativas em nível nacional, como a União Nacional de Sindicatos Autônomos (UNSA) ou a Union Syndicale Solidaires, não participam das negociações, enquanto organizações de empregadores representativas em nível nacional e multiprofissional, tais como a UDES (União de Empregadores da Economia Social Solidária) ou a FNSEA (Federação Nacional dos Sindicatos de Agricultores),

⁵⁶ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

só podem apresentar as suas observações antes de serem abertas e concluídas, sem poderem assinar o acordo. acordo possível ⁵⁷

Outro mecanismo previsto no artigo L. 1 promove o diálogo social, ao mesmo tempo que garante uma grande flexibilidade processual ao implementar reformas relativas ao Código do Trabalho. Este primeiro artigo do Código do Trabalho, certamente apenas legalizou uma prática informal iniciada em 1969 por J. Delors, no contexto da "nova sociedade" defendida por J. Chaban-Delmas. Se somarmos as desventuras políticas e sociais da CNE⁵⁸ e, em seguida, a rápida passagem do Contrat Première Hiring⁵⁹, o método parece cauteloso. Então, surge a questão por que não inseri-lo na Constituição?

Fora do âmbito dos constitucionalistas vinculados à tradição estatal, passou a ser lugar comum a utilização do termo "Constituição" em outras áreas disciplinares, para referir-se a situações as mais diversas: Constituição europeia⁶⁰ Constituição da comunidade internacional⁶¹, constituições civis da sociedade mundial⁶².

O segundo pressuposto é a constitucionalização do Diálogo Social. Primeiramente será analisada a parte histórica de constitucionalização do direito no Brasil e na França. No Brasil, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico é um processo recente, embora muito intenso. Desde 1988, nos últimos vinte anos, a constituição demonstrou grande força normativa, ingressando na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos. Desta forma a constituição passou a desfrutar não apenas da sua supremacia formal, mas também de uma

⁵⁷ BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019.

⁵⁸ Criado pela portaria, revogado pela lei de 2 de outubro de 2005, revogada pela lei de 25 de junho de 2008, completada pela Declaração de Inconstitucionalidade da Câmara Social de 1º de julho 2008.

⁵⁹ Criado pela lei 2006-396 de 31 de março de 2006, revogada depois de muitas manifestações de rua pela lei n.º 2006-457 de 21 de abril de 2006.

⁶⁰ Weiler, J. **The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?"** and other essays on European integration. Cambridge: Cambridge University Press. 1999.

⁶¹ Fassbender, B. 1998. **"The United Nations Charter as Constitution of the International Community"**. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 3, pp. 529-619. New York: The Columbia Journal of Transnational Law Association. Tomuschat, C. 1995. **"Die internationale Gemeinschaft"**. *Archiv des Völkerrechts*, n. 33, pp. 1-20. Tübingen: Mohr.

⁶² Teubner, G. **"Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie"**. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* v. 63, n. 1, pp. 1-28. Heidelberg: Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. 2003.

supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁶³.

A Carta de 1988 simboliza a passagem democrática brasileira que beneficiou decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Após tantos anos de exclusão da sociedade civil, seu texto expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulando privilégios, uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁶⁴.

Neste ponto a relevância constitucional, surge em todos os principais ramos do direito infraconstitucional, alguns com maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras mínimas, passando pelo: Direito Administrativo⁶⁵, do Trabalho⁶⁶, Civil⁶⁷ e Penal^{68, 69}

Mesmo que o fenômeno da constitucionalização do direito seja diferente das normas de direito infraconstitucional quando presentes na Constituição, na medida em que princípios e regras específicos de uma área estejam na Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda, para um caráter de subordinação. Refere-se a constitucionalização das fontes do direito de determinada

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição brasileira de 1988**. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ No âmbito do Direito Administrativo há, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre desapropriação e requisição de bens particulares. Há, também, um imenso capítulo sobre a Administração Pública, que cuida de temas como concurso público, licitação, regime jurídico dos servidores, aposentadoria, responsabilidade civil do Estado etc., além de outras normas ao longo do texto.

⁶⁶ Em matéria trabalhista a Constituição prevê um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e às gestantes), prazo prescricional para o ajuizamento de reclamações trabalhistas, bem como greve e relações sindicais.

⁶⁷ Em tema de Direito Civil, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, existem normas sobre propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de sucessões e defesa do consumidor. Ao longo do texto são encontradas normas diversas sobre a caracterização da função social da propriedade, sobre Direito de Família, aí incluídos temas como filiação, adoção, união estável e divórcio, sobre proteção da criança e do adolescente, entre outros.

⁶⁸ Quanto ao Direito Penal a Constituição consagra, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre princípio da legalidade penal, não-retroação das normas penais, criminalização do racismo, crimes inafiançáveis. No final da Carta (art. 228), há uma norma sobre a inimizabilidade dos menores de 18 anos.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição brasileira de 1988**. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

matéria. Como interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado. Tal circunstância, nem sempre desejável⁷⁰,

Com relação ao processo de constitucionalização na França, teve início com a Constituição de 1958, que não previa o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁷¹.

Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971⁷². A ela seguiu-se a Reforma de outubro

⁷⁰ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do Direito Penal, tem condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, LEAL, João José. *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

⁷¹ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuísem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: <www.conseil-constitutionnel.fr>, acesso em: 26 jul. 2005; LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; BELL, John *French constitutional law*, 1992.

⁷² Objetivamente, a Decisão nº 71-44 DC, de 16 jul. 1971 (In: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm>, acesso em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros diplomas normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. HAMON, Léo. *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, p. 83-90, 1974; HAIMBOWGH, G. Was it France’s Marbury v. Madison?, *Ohio State Law Journal*, 35:910, 1974; BEARDSLEY, J. E. The Constitutional Council and constitutional liberties in France, *American Journal of Comparative Law*, p. 431-52, 1972. Para um comentário detalhado da decisão, v. FAVOREU, L.; PHILIP, L. *Les grandes*

de 1974⁷³, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional⁷⁴. Introduzida com a reforma constitucional de 2008, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC), entrou em vigor a lei orgânica que regulamentou, consolidou-se a possibilidade de um jurisdicionado, no curso de um litígio, questionar a constitucionalidade da lei que lhe seria aplicável, podendo levar a discussão até o Conselho Constitucional⁷⁵.

Denota-se a importância da questão prioritária da constitucionalidade (QPC). Além disso, não se pode mais falar de direito constitucional, do Conselho Constitucional, sem dizer uma palavra da QPC (questão prioritária de constitucionalidade). E mesmo que esta não seja uma questão central, o Conselho Constitucional foi confrontado com várias questões prioritárias de constitucionalidade, tanto pelo Tribunal de Cassação como pelo Conselho de Estado, sobre a liberdade de associação e, mais especificamente, sobre os critérios de representatividade⁷⁶.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação direta, introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Que mudou com a Constituição de 1988, ampliou-se novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷⁷.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência

décisions du Conseil Constitutionnel, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. VILLIERS, Michel de. *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

⁷³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 502.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará p. 22. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>, Acesso: 04 jan. 2019.

⁷⁵ ROUSSEAU, D. **Les Grandes Décisions de la Question Prioritaire de Constitutionnalite**. Paris: LGDJ, 2013.

⁷⁶ ROUSSEAU, D. **Les Grandes Décisions de la Question Prioritaire de Constitutionnalite**. Paris: LGDJ, 2013.

⁷⁷ V. FAVOREU, Louis. **La constitutionnalisation du Droit**. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. **La constitutionnalisation des branches du Droit**, p. 190-192, 1998. BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará p. 22. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>, Acesso: 04 jan. 2019.

originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso⁷⁸.

A partir destes dados percebe-se a importância da constitucionalização do diálogo social. Denota-se também que a evolução da lei contribui para reduzir as restrições impostas ao trabalhador individual para valorizar os direitos que pertencem ao cidadão que é de outro modo assalariado.

Observa-se por exemplo, o princípio da igualdade um princípio do direito constitucional, na área do direito do trabalho, podemos tomar como exemplo, a questão da igualdade entre homens e mulheres. E aqui também temos uma evolução que é bastante interessante: considerando que a igualdade no seu sentido tradicional, isto é, a proibição da discriminação entre homens e mulheres. E o direito de greve, que tem um status constitucional especial. É um direito que foi absolutizado por alguns e que goza de uma ampla proteção do Tribunal de Cassação, mas que, por outro lado, terá que aguardar o regulamento legislativo que a Constituição estabelece.

Portanto, o desafio que o sistema normativo francês enfrenta é ter sucesso conciliar o princípio da igualdade, que impõe a aplicação de uma regra semelhante com um princípio de participação, que exige a adaptação da lei uniforme para situações multifacetadas.

Frequentemente, o legislador intervém para retomar a totalidade ou parte do conteúdo de um acordo internacional. Além dos problemas técnicos de articulação entre norma convencional e norma jurídica que levanta essa sucessão⁷⁹, surge uma

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará p. 22. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>, Acesso: 04 jan. 2019.

⁷⁹ ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M.-N. **De la norme conventionnelle à la norme étatique: une articulation complexe**. JCP éd. S., 2014.

questão de substância: Será que os parceiros sociais devem receber uma área normativa na Constituição, portanto será necessário, constitucionalizar o diálogo social? A maioria atual acredita nisso porque apresentou, em 14 de março de 2013, uma lei constitucional para inserir uma seção 51-3 na Constituição da seguinte forma:

"Qualquer projeto de lei ou portaria ou qualquer projeto de lei que reforma as relações de trabalho pessoais e coletivas, emprego ou formação profissional e que se enquadre no âmbito da negociação nacional e interprofissional não pode, exceto em casos de urgência, a ser deliberado no Conselho de Ministros ou na ordem de trabalhos da Assembleia Nacional ou do Senado sem que as organizações sindicais de trabalhadores e empregadores representativos possam negociar, se eles desejam, sobre o tema desta reforma".

Por outro lado, surge também algumas questões: Será que a constitucionalização do procedimento do diálogo social precederá a lei? A questão colocada é, de fato, a da força normativa. Dois pontos merecem ser destacados⁸⁰. Primeiro, foi a lei, neste caso, o artigo L. 1 do Código do Trabalho - estabelecer as suas próprias condições de preparação, submetendo a sua adoção a uma consulta prévia dos parceiros sociais? Naturalmente, a negociação coletiva foi promovida a status constitucional⁸¹. O que significa que acordos coletivos e convenções derivam sua validade da Constituição. No entanto, tal como está, quando a Constituição estabelece as condições para a validade de uma lei, quando especifica as várias etapas da produção de uma lei, a associação de organizações de empregadores e de trabalhadores não é de modo algum prevista⁸².

Neste sentido Bernaud, relata que a reforma do diálogo social é necessária. A adoção do projeto de lei constitucional poderá, a este respeito, alterar a situação, impondo, como condição de validade de uma lei de direito do trabalho, a consulta prévia dos parceiros sociais, ou mesmo a faculdade destes últimos, se assim o decidirem, tomar o lugar da ação do legislador entrando em uma negociação. Poder-

⁸⁰ C. THIBIERGE (dir.), **La force normative. Naissance d'un concept**, LGDJ-Bruylant, 2009.

⁸¹ Cons. Constit. 6 nov. 1996, décision n° 96-383 DC. V. not. : B. MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. A propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.* 1997, chron. p. 152.

⁸² BERNAUD, V. **Réforme du dialogue social** : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?. *Droit social*, 2007, p. 174.

se-ia então encontrar-se numa situação semelhante à que existe no direito da União Europeia, em que o papel dos parceiros sociais é definido pelo Tratado sobre o funcionamento da própria União. Somente a Constituição pode, de fato, limitar a competência do legislador, que por enquanto permanece o único, de acordo com o artigo 34, a poder determinar os princípios fundamentais do direito do trabalho. A reforma constitucional criaria, portanto, uma competência partilhada neste domínio entre o Parlamento e os parceiros sociais. Poderia ir ainda mais longe criando uma área reservada de produção normativa para eles. Mas é desejável "subtrair grandes seções da lei do trabalho assalariado da democracia política (e, portanto, da alternância)"?⁸³

Entretanto, os efeitos produzidos pela Lei Larcher. Como Alain Supiot assinala, "a força simbólica desta lei, inscrita no frontão do Código do Trabalho (artigos L. 1 a L. 3) é indiscutível"⁸⁴. O efeito simbólico reflete o papel da comunicação desempenhada pela lei. Esta função simbólica do direito, muito bem revelada por Pierre Legendre, mostra que a lei é capaz de atuar em mentalidades⁸⁵.

A este respeito, deve-se notar que, desde a sua adoção, muitas das leis mais importantes adotadas na legislação trabalhista precedido de um acordo interprofissional nacional, que se reflete, entre outras coisas, na Lei de Modernização do Mercado de Trabalho de 25 de Junho de 2008, em 24 de Novembro de 2009, sobre orientação profissional e formação profissional em todo o mundo. A lei de 4 de março de 2013, criando o contrato de geração, ou a lei de 14 de junho de 2013 sobre a obtenção de emprego. Certamente nem todos foram adotadas seguindo o procedimento estabelecido pela lei de 31 de Janeiro de 2007, mas todos tem sido um processo de consulta, negociação antes da sua promulgação⁸⁶.

Nesse sentido, segundo Radé a lei negociada, o que tende a provar que o objetivo perseguido pela lei Larcher é alcançado. É, portanto, muito necessário ir mais longe, constitucionalizando o diálogo social? O Conselho Econômico, Social e

⁸³ SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Droit social, 2010.

⁸⁴ *Ibid.* p. 525.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ RADÉ, C. **La loi négociée: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?**. Droit ouvrier, 2010, p. 319.

Ambiental, em um projeto de parecer apresentado em 10 de junho, não acredita, dizendo que a prioridade é melhorar a prática do Direito de Larcher, em vez de constitucionalizá-lo⁸⁷.

Em geral, as observações de Alain Supiot fazem parte de uma estrutura particular de análise jurídica, do estado do conhecimento sobre o direito social e o estado social. Longe de uma análise puramente legal e prática da lei, ele procura explorar sua dimensão fundadora e seus efeitos sociais.

Nesse sentido, Pierre Legendre⁸⁸ relata que a função essencial do direito é tornar a vida possível na comunidade, mas só pode fazê-lo estabelecendo um fundamento externo e dogmático, isto é, indemonstrável. É por esta razão que o direito dos homens foi capaz de evoluir, baseando-se, antes de tudo, na referência à religião e “direito divino”, depois na referência às “leis da Natureza”. Hoje é a tentação de basear a referência em “leis econômicas”. Análise de Alain Supiot a seguir, carrega muito da perspectiva histórica, concentrando-se sobre a evolução de organização da vida comunitária⁸⁹.

Estas formas específicas de organização da vida comunitária, o Estado ocupa um lugar especial por causa de sua idade, o que pode datar em torno do início do séc. XI. No entanto, conhece-se diferentes formas, das quais o estado social é o último a ser analisado, por exemplo: o Estado-providência surge após a terceira revolução⁹⁰.

A primeira revolução foi Reforma Protestante, que deu origem aos poderes soberanos emancipados do papa, mas ainda deixando espaço para a autoridade religiosa. A segunda revolução foi a da Revolução de 1789 e seus epígonos, que viram o desaparecimento do equilíbrio entre o poder temporal e a autoridade espiritual em favor do único poder temporal limitado simplesmente pela separação dos três poderes.

⁸⁷ C. RADÉ. **La loi négociée: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?**. Droit ouvrier. 2010. p. 319.

⁸⁸ Pierre Legendre na France Culture (entrevista em áudio). Disponível: << <http://paris4philo.overblog.org/article-14600902.html>>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁸⁹ SUPIOT, A. **A grandeza e a miséria do estado social**. Coleção: Lições Inaugurais. Paris: Collège de France. 2013.

⁹⁰ SUPIOT, A. **A grandeza e a miséria do estado social**. Coleção: Lições Inaugurais. Paris: Collège de France. 2013.

Somente a terceira revolução foi então o nascimento do estado social que se seguiu à crise de legitimidade do Estado liberal, concebido especialmente nas teorias marxistas e mais amplamente socialistas como um instrumento de dominação de uma minoria da população em geral.

Em referência às teorias de Leroi-Gourhan, Alain Supiot considera que o estado social é mais precisamente nascido de uma transformação antropológica por causa da modificação das ferramentas usadas pelo homem com a revolução técnica do capital e a Revolução Industrial que tornou o trabalho uma mercadoria separada do trabalhador. O direito social surgiu assim como uma técnica legal⁹¹ domesticar os efeitos adversos da mudança nos métodos de produção dos trabalhadores e fundar o estado de bem-estar como um servo do bem-estar dos homens, e não como um maquinário todo-poderoso de dominação⁹².

Três países simbolizam esse caminho: a Alemanha, com a criação do seguro social e a criação de um direito trabalhista moderno baseado em uma concepção social por ser membro de várias comunidades, família, aldeia, empreendedora, como sujeito de direito; a Inglaterra, com a introdução de um sistema universal de seguridade social; e a França, com sua teoria dos serviços públicos, que consistia em colocar técnicas de direito privado a serviço de missões de interesse geral⁹³.

No entanto, como no passado, o Estado não é insensível aos desenvolvimentos sociais, e sua atual crise de legitimidade bem documentada por Rosanvallon convida o jurista a analisar precisamente as forças que atuam nessas evoluções sociais para entendê-las, assim como seus efeitos, e descobrir ao mesmo tempo soluções jurídicas que permitam a vida em comunidade⁹⁴.

Nesse sentido a principal força que ele identifica é a "globalização" e a noção de justiça social se estende entre dois ideais: primeiro, que respostas jurídicas podem ser dadas à revolução digital que acompanha uma pulsante revolução legal de

⁹¹ Com a invenção do contrato de trabalho e um novo regime de responsabilidade entre o empregador e o empregado, e com a invenção da autodeterminação coletiva e uma nova dimensão do ordenamento jurídico diferente do direito horizontal direito vertical privado e público.

⁹² SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Droit social, 2010.

⁹³ SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Droit social, 2010.

⁹⁴ ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'État-providence**. Paris: Éditions du Seuil, 1984.

"governança por números", por exemplo: com medidas políticas dependentes de um nível de indvidamento, a nova referência de mobilização de poder. Em segundo lugar, como gerir as solidariedades civis que emergem à medida que o estado social se enfraquece, sabendo que estas solidariedades civis podem constituir tanto um novo pilar do estado social como uma forma de substituição na organização da solidariedade.

Na esteira dos argumentos contra de Supiot encontra-se também a imagem do Estado como um mau administrador da economia, ineficiente e inoperante, constituindo um empecilho para o progresso econômico, fazendo com que seus críticos advoguem a implantação de um capitalismo livre de regras e das pressões sociais vinda dos operários. Temos aqui também o que podemos chamar de uma crise ideológica do Estado como um gestor incompetente e ineficiente⁹⁵.

2.2.2 CAPITULO 2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIÁLOGO SOCIAL

Analisando as semelhanças e diferenças no Brasil e na França, denota-se a transição de uma ordem vertical tipo Kelseniana para uma ordem Habermassiana mais horizontal e deliberativa. Tendo em vista que as normas do direito social são mais elaboradas pela discussão contratual do que pela lei, tal como as convenções coletivas, negociação coletiva, acordos de filiais e empresas. Segundo Supiot muitas vezes as próprias leis são precedidas por negociações com os sindicatos.

Alain Supiot vê na negociação anterior à lei, "a vontade do legislador (...) de proporcionar uma garantia legal ao princípio da participação"⁹⁶. Embora os contornos dessas garantias jurídicas sejam difíceis de definir⁹⁷, sabemos que são disposições de

⁹⁵ ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'État et la providence**. Paris: Éditions du Seuil, 1984.

⁹⁶ SUPIOT, A. **La loi larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Dr. soc. 2010. p. 525. De acordo com este raciocínio, não só o legislador exerceu a sua competência ao fornecer tal mecanismo, mas, além disso, este pode "alterar ou revogar a Lei de Larcher apenas com a condição de fornecer garantias pelo menos equivalentes".

⁹⁷ VIDAL-NAQUET, A. **Les garanties légales des exigences constitutionnelles**. Paris: Panthéon-Assas. 2007. p. 188.

natureza legislativa que garantir o exercício de um direito constitucional ou liberdade⁹⁸. Com base nesta qualificação, o autor conclui que "uma lei adotada em violação dos artigos L. 1 e seguintes da Lei do Trabalho deve, a fim de escapar à denúncia de inconstitucionalidade, ter sido elaborada sob condições que garantam pelo menos uma participação de equivalente a sindicatos de empregados "⁹⁹.

Esse raciocínio não enfraquece a convicção de que as garantias legais não são normas que possam servir de base para uma revisão constitucional. Não é uma questão de direitos, liberdades ou princípios de valor constitucional, mas de normas legais consideradas como tendo uma função de base. Se o legislador os desafia, adotando uma lei posterior, sem substituí-los por garantias equivalentes, esvazia a substância do direito constitucional que eles apoiaram.

Esta lei posterior será considerada inconstitucional. Além disso, o simples fato de considerar uma lei inconstitucional porque não obedece a uma regra de natureza legal, como no caso do artigo L. 1, é problemático¹⁰⁰. A regra estabelecida pelo artigo L. 1 do Código do Trabalho vai além da mera garantia legal de um direito constitucional, porque a natureza de tal regra extrapola o âmbito da lei. O legislador comum invadiu uma área que se enquadra na competência do legislador orgânico ou mesmo do constituinte.

Portanto, se não houver constitucionalização do Diálogo Social é improvável que as coisas evoluam até então. A seguir será demonstrada que a negociação legislativa tem quatro vantagens decisivas, entretanto constitucionalizar não parece nem necessário nem desejável.

⁹⁸ O Conselho Constitucional considerou que constituía uma garantia legal do princípio da participação "a determinação de um estatuto de uma natureza para permitir que as pessoas levassem a celebrar acordos coletivos em toda a independência do empregador", Cons. Const., Decisão nº 96-383 CD de 6 de Novembro de 1996, Lei relativa à informação e consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas de dimensão comunitária e ao desenvolvimento da negociação colectiva ", Rec. p. 128, (9).

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Por ocasião de um recente encaminhamento ao Conselho Constitucional da Lei El-Khomri, os deputados mencionaram o descumprimento do Artigo L. 1, embora conscientes de sua natureza superabundante. "Embora essas disposições não se enquadrem no domínio constitucional, mas legislativo, parece importante enfatizar que a social-democracia não foi respeitada no desenvolvimento deste projeto de lei. Disponível em: <http://issuu.com/pouriaamirshahi/docs/moire_saisine_conseil_constituti?e=8674918/37358343>. Acesso em: 8 set. 2018.

As quatro vantagens da negociação legislativa: Primeira vantagem é a pergunta do tempo. Criando necessariamente um "tempo de esfriamento", como dizem belamente os nossos amigos italianos, este "tempo reservado" para os parceiros sociais tem duas importantes vantagens colaterais: a máquina da mídia, que às vezes é embalado em um projeto de lei relacionados a um tópico tão quente que ponto, vai lançar este osso em favor do que no dia seguinte: "*De lege ferenda não*" na França substancial e eficaz que "delegar", em seguida, por lei. O anunciado "choque de simplificação" não deve apenas reduzir os estoques de textos: deve começar reduzindo os fluxos e, assim, parar de empilhá-los. Além do tempo de negociação dará aos especialistas tempo para refletir melhor sobre a viabilidade do projeto, suas consequências sociais e financeiras¹⁰¹.

A segunda vantagem é a fonte convencional da lei que associa então a legitimidade social e a legitimidade política é fonte de mais consenso, em todas as fases: no Parlamento, alternância após alternância, deputados e senadores das duas margens não querem ser colocados de volta os signatários: e quanto mais eles são, maior o risco. Em companhia, este texto iniciado por suas confederações é mais facilmente aplicado pelos militantes, levantando provavelmente menos litígios; mas a realidade no terreno às vezes é muito distante das táticas confederadas¹⁰². Esta dupla legitimidade assegura o texto legal e seus decretos e circulares, que também são estreitamente coordenados, uma melhor estabilidade, evitando sucessivas modificações em caso de alternância política. Porque politicamente, o caso se torna mais delicado. E legalmente, mudar a lei não removerá a antiga NNA que continuará a ser aplicada, com conflitos de padrões difíceis de resolver¹⁰³.

E a quarta vantagem por vezes, sob a forma de uma união sagrada contra o desemprego (ver a unânime ANI de 19 de outubro de 2012 sobre o contrato de

¹⁰¹ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁰² RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁰³ *Ibid.*

geração¹⁰⁴, esta regulamentação pacífica pode finalmente contribuir para reativar a máquina econômica ou atrair mais pessoas. Investidores estrangeiros um pouco assustados com nossas reações Gauloises. Economistas criativos chegaram a calcular, com crescimento de 1%, o ganho esperado de um diálogo social menos severo: a meta declarada da lei de 14 de junho de 2013 resultante da ANI de 11 de janeiro de 2013 e cuja transposição tempestuosa para o Parlamento mostrou que o método não era necessariamente um longo rio quieto porque consensual (cf as múltiplas campanhas e demonstrações do FO e do CGT). Mas, criada pelos parceiros sociais então legalizados, a conta da dureza demonstrou, por exemplo, que o legislador não detinha o monopólio das grandes instalações de gás¹⁰⁵.

Mas para um privatista, ANI assinado como parte deste legislar negociação, muito enquadrado a montante pelo governo (tópicos, prazos), e depois seguiu como o leite no fogo pela DGT, o DGEFP e Gabinete é um Objeto Legal não identificado. Ao contrário da prática convencional negociação interprofissional querer lançar uma dinâmica convencional nos ramos e / ou empresas, então este é para prever as mudanças no coração do código do trabalho, às vezes muito profunda (ver ANI 11 janeiro de 2013: desaparecimento do controle judicial do SPE, modificação dos procedimentos de consulta de informação do conselho de empresa)¹⁰⁶.

Mas na terra dos slogans, quem pode ser contra o casamento da democracia política/social democracia? Que os parceiros sociais contribuam para o interesse geral, nesta dinâmica que faz lembrar a evolução, da inteligência coletiva. Contudo a questão é: quem representa o interesse geral?

¹⁰⁴ Tornou-se lei de 1 de março de 2013, cujo sucesso estatístico permanece um ano modesto depois, mas desafiou em muitas empresas os acordos anteriores sobre idosos, ou mesmo os do GPEC.

¹⁰⁵ RAY, Jean- Emmanuel. **ANI à la loi**: la critique est aisée, mais l'art est difficile (Éthique de conviction et éthique de responsabilité), IRJS:Paris I, décembre 2013, p. 57.

¹⁰⁶ *Ibid.*

Para não mencionar um retorno a uma vigília problemática¹⁰⁷ ou mesmo a um neocorporativismo¹⁰⁸, esse processo deve ser constitucionalizado como desejado em março de 2012, uma aliança improvável MEDEF-o candidato François Hollande¹⁰⁹? Caricaturizar, o primeiro querido, grande clássico, especialmente quando a esquerda chega ao poder, que o estado libera os negócios realmente paralisados por sucessivas camadas de restrições que afetam particularmente os VSEs e as PMEs que criam empregos. E o segundo, ex filho espiritual de futuro primeiro presidente francês Jacques Delors e realmente social-democrata, quis prestar homenagem aos "organismos intermédios" com o alto perfil "Conferências Sociais" no início de julho, simbolicamente realizada no econômico, social e ambiental. Mas também tentar envolvê-los em reformas estruturais não necessariamente populares¹¹⁰.

Nesse sentido surge a questão: Porque a constitucionalização nem necessária nem desejável, observa-se as desvantagens, quais sejam: Primeiramente os ritmos da decisão política e da negociação social são diferentes, muito menores, sem o período de reestruturação de todo o aparato produtivo, onde às vezes é necessário ir rápido: por razões de urgência da medida (L.1 evoca com cautela), mas também para limitar a ascensão ao fogo dos *lobbies* de qualquer natureza. Alguns até pensam de forma pejorativa, totalmente imersos e envolvidos no antigo modelo industrial, a maioria dos nossos parceiros sociais não são capazes de pensar ou implementar uma mudança tão radical. . Somente o poder público pode provocar, com sangue e lágrimas, essa revolução do imaterial, em tempos de fraco crescimento, confiscando todo sistema de redistribuição.

¹⁰⁷ Fundadora do direito trabalhista moderno, a lei de 21 de março de 1884, sobre as "liberdades das associações profissionais dos trabalhadores e dos empregadores", legaliza esta forma de "atribuição à residência profissional" dos sindicatos que estão sendo proibidos de deixar sua praça por partidos políticos desconfiadas: cf. Beranger, Senado, reunião de 8 de julho de 1882, OJ, Debates, p. 751: "É necessário evitar a constituição de sociedades operárias abertamente dando um objetivo político e se rebelando contra a ordem social". *Ibid.*

¹⁰⁸ LYON-CAEN, Antoine. **Revue de Droit du travail**. Juin. 2013, p. 295.

¹⁰⁹ Na sequência da proposta do candidato F. Holland, o Conselho do Ministros adotou, em 13 de março de 2013, um projeto de lei constitucional que consagra o papel das negociações entre sindicatos e organizações patronais na elaboração de normas legislativas em matéria de direito do trabalho, empurrado de volta três meses mais tarde.

¹¹⁰ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

O segundo fator é o acordo interprofissional/ transposição legislativa. Mas e quanto à ausência de ANI assinado apesar de lembrar cada vez mais insistente do poder público? no lado dos funcionários, está dando muito poder as confederações¹¹¹, no que diz respeito aos empregadores, não se trata, em última análise, de um virtual direito de veto que poderia ser indiretamente concedido? naturalmente, na lei, o governo pode anular essa inércia, de fato, tal oposição parece difícil de ser superada se o desacordo for sobre a substância da reforma.

O terceiro fator é a ANI maioria positiva em mais de 50%? Obviamente, unanimidade? Desde agosto de 2013, o limite legal mínimo é que os signatários receberam mais de 30% dos votos, mas não está claro a legitimidade de uma lei contendo um acordo minoria (ex. CFDT + CFTC = 40%), prometendo forma grave de alterações na terceira rodada na assembleia nacional ou do senado, e, portanto, uma negação áspero signatários, inversamente, em caso de acordo unânime, se nada mudar legalmente, politicamente será outra questão se o acordo não for estritamente transposto¹¹². O quarto fator é se o governo "esquecer" esta primeira fase social ("exceto a emergência", que deixa alguma margem), o conselho constitucional poderia agora colocar de lado, só com este fundamento, toda uma lei de direito do trabalho¹¹³. Em suma, como resumido por alain supiot: "a democracia política deve garantir à democracia social uma esfera de autonomia, sem perder o poder da última palavra"¹¹⁴.

A partir da análise vantajosa e desvantajosa da constitucionalização do diálogo social. Percebe também que a resposta inicial a estas questões foi fornecida pela lei de 4 de Maio de 2004. Para reformar a articulação entre o quadro legislativo e a

¹¹¹ Sem esquecer que no jogo social francês, poder influenciar a negociação, para depois ativar com o poder político é uma prática antiga. Portanto, não é certo que essa dinâmica de autonomia alta e forte reivindicada por algumas confederações ponha um fim a esses maus hábitos: em vez de negociar juntos por um longo tempo e ter que fazer concessões, conquistar um ministro ou até mesmo um presidente politicamente próximo parece mais rápido e menos caro.

¹¹² VERKINDT P.-Y. **Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale**. JCP(S) 290, mai. 2012, n° 1233.

¹¹³ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

¹¹⁴ SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Dr. Soc. mai 2010, p. 529.

negociação, que visa estimular a negociação coletiva, reconhecendo a autonomia dos acordos e reforçando sua legitimidade. Incluindo um compromisso solene do Governo de associar verdadeiramente os parceiros sociais no processo legislativo. O legislador está apostando que os parceiros sociais irão apropriar-se das margens de manobra que lhes são oferecidas.

O diálogo social tem tudo a ganhar com essa rearticulação, tais como: um método de governança que transforma as práticas dos atores no senso de maior cooperação e responsabilização; a melhor legislação, focada em princípios, e negociação visando especificar e completar a lei e ter vocação para todos os funcionários e uma cultura de compromisso que garanta a paz social, a negociação competitividade da França no contexto de uma negociação reequilibrada entre as partes.

Considerando o acordo com o oitavo parágrafo do preâmbulo da constituição de 1946: "todo trabalhador participa, por meio de seus delegados, na determinação coletiva das condições de trabalho e da administração empresas"; que, por outro lado, o legislador não pode trazer para os contratos legalmente concluídos uma infração que não seja justificada por um motivo de interesse geral suficiente sem descuidar as exigências resultantes dos artigos 4º e 16º da declaração do direito humano e o cidadão de 1789 e, no que diz respeito à participação dos trabalhadores na determinação coletiva de suas condições de trabalho, o oitavo parágrafo preambular de 1946¹¹⁵.

Nesse sentido, desde antes permitia-se que a distribuição das horas de trabalho por um período superior à semana e no máximo igual ao ano, não constitua, por si só, uma modificação do contrato de trabalho exigindo acordo prévio de cada colaborador, o legislador pretendia consolidar os acordos coletivos relativos à modulação do tempo de trabalho destinados a permitir a adequação do tempo de trabalho dos empregados às mudanças no ritmo de produção da empresa; que esta possibilidade de distribuição

¹¹⁵ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

de horas de trabalho sem obter o acordo prévio de cada empregado está sujeita à existência de um acordo coletivo, aplicável à empresa, que permita tal modulação; daqui resulta que estas disposições, baseadas num motivo suficiente de interesse público"¹¹⁶.

Segundo Jean-François Akandji-Kombé: pela primeira vez, a questão da relação entre os dois lados da liberdade contratual foi submetida ao tribunal constitucional. E, pela primeira vez, nas relações de trabalho, afirma-se a superioridade de sua face coletiva sobre sua dimensão individual. essa superioridade decorre do fato de que, em nome da primeira (liberdade contratual dos parceiros sociais), cuja autonomia se afirma na decisão como reforçada, a segunda pode ser restringida, mesmo além dela¹¹⁷.

Atualmente a "negociação coletiva" aparece em nenhum lugar na nossa Constituição: foi deduzido o parágrafo preambular oitavo¹¹⁸ de 1946 e seus princípios económicos e sociais " particularmente nécessaires __à nosso tempo " do Conselho Nacional da Resistência: uma época em que ela foi de bom grado assimilada à colaboração de classe covarde. Uma vez que uma afirmação de direito positivo já foi brilhantemente feita aqui ¹¹⁹, não nos parece útil repeti-la novamente, uma vez que o leitor de Les Nouveaux Cahiers raramente é inteiramente um boetiano em matéria de direito constitucional.

Especialmente como o próprio Conselho sintetiza 29 de abril de 2004: "Se o Preâmbulo da Constituição de 27 de Outubro de 1946 prevê no 8 ° parágrafo que: "

¹¹⁶ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

¹¹⁷ AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. **La modulation du temps de travail**: regard sur une validation constitutionnelle. Semaine Sociale Lamy, n° 1534 du 16 avril 2012.

¹¹⁸ Cada trabalhador participa, através dos seus delegados, na determinação coletiva das condições de trabalho e na gestão das empresas ", que inclui tanto o direito à negociação coletiva como o direito de participar na gestão das empresas. , novamente diretamente (diretores nomeados) ou indiretamente (o conselho de trabalhadores consultado sobre as "orientações estratégicas") atualizado com a lei de 14 de junho de 2013 resultante da ANI de 11 de janeiro intitulado "para um novo modelo económico e social.

¹¹⁹ Ver o resumo de B. Teyssié feito nestes mesmos Cahiers: **Loi et contrat collectif de travail**: variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, Dossier Loi et contrat, mars 2005.

todos os trabalhadores participam através de seus delegados a determinação coletiva das condições de trabalho e a gestão das empresas ", o artigo 34 da Constituição define no campo do direito a determinação dos princípios fundamentais do direito do trabalho; Assim, cabe ao legislador determinar, em conformidade com o princípio enunciado no oitavo parágrafo do preâmbulo, as condições e garantias para a sua execução¹²⁰.

Com base nestas disposições, cabe ao legislador, após ter definido os direitos e obrigações relativos às condições e à relação de trabalho, deixar que os empregadores e os trabalhadores, ou as suas organizações representativas, especifiquem, em particular, pelo forma de negociação coletiva, as modalidades concretas de aplicação das normas que estabelece. Em particular, o legislador pode permitir que os parceiros sociais determinem, no âmbito que ele definiu, a ligação entre as várias convenções coletivas ou acordos que concluem a nível interprofissional, os ramos profissionais e as empresas. No entanto, quando o legislador autoriza um acordo coletivo a derrogar a uma regra que ele próprio promulgou e ao qual ele pretendia conferir um caráter de ordem pública, ele deve definir precisamente o objeto e as condições deste derrogação¹²¹.

Em termos de Direito Constitucional, Febbrajo¹²² em termos de Sociologia do Constitucionalismo, entre constituição em sentido formal, representada pelas constituições escritas, e constituição em sentido material. O grande exemplo de constituição formal é o dos Estados Unidos da América, depois seguindo pela França e disseminado pela Europa.

¹²⁰ Incompetência é legitimamente perseguida; na Decisão nº 2014-388 QPC de 11 de Abril de 2014. O Conselho não considera as queixas levantadas pelos candidatos, mas levanta invocado automaticamente por um agravo da união: " Se é aberta a o legislador a confiar à convenção coletiva a tarefa de especificar as modalidades concretas de aplicação dos princípios fundamentais do direito do trabalho, é da sua responsabilidade exercer plenamente as competências que lhe são confiadas pelo artigo 34.º da Constituição ".

¹²¹ RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

¹²² FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. São Paulo: Juruá, 2016.

Ao longo do século XX, importantes autores se debruçaram sobre a temática do Direito Constitucional. Há de observar, todavia, que os estudos dedicados a essa área do Direito pouco se desvincularam da clássica concepção de um constitucionalismo vinculado ao território e à existência de documentos escritos.

Kelsen, talvez o autor mais relevante do positivismo jurídico no século XX¹²³, e a elaboração sofisticada do normativismo contribuíram para uma organização piramidal do ordenamento jurídico, colocando as normas constitucionais em um patamar de superioridade em relação a normas jurídicas infraconstitucionais. Em trabalho específico, dedicou-se ao estudo da jurisdição constitucional. A noção de constituição envolve um núcleo permanente (determinação da ordem estatal). Por meio dessa concepção, a constituição: “[...] é a norma que rege e elabora as leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas.”¹²⁴

Em Kelsen, a constituição em sentido material coincide com a constituição em sentido formal. Nesse sentido, a constituição por excelência é uma constituição escrita, com o intuito de determinar normativamente a condução de um Estado. Tal perspectiva, de cunho normativista, remete a uma das afirmações iniciais da Teoria Pura do Direito de Kelsen, de que “[...] a norma jurídica é um modo de observar o mundo.”¹²⁵

Sendo assim, uma vez que a constituição material deve reproduzir fielmente o que é determinado por uma constituição formal (e escrita), não há espaço de normatividade para além do Estado na teoria de Kelsen.

Por meio dessa construção em termos de jurisdição constitucional, Kelsen elabora sua teoria para a inconstitucionalidade das leis, decorrente de eventual

¹²³ LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio: do positivismo jurídico à função do direito. In. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. XX.

¹²⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131.

¹²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 09.

irregularidade de procedimento ou contrariedade em relação ao conteúdo da constituição (formal e escrita).

Importante ponto na teoria kelseniana é o da verificação da inconstitucionalidade das leis. Esta deve estar a cargo de um órgão alheio ao Poder Legislativo:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais- isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional¹²⁶.

Nesse ponto está a principal divergência de Kelsen em relação a outro importante autor da Teoria Constitucional no século XX, Carl Schmitt, em sua teoria, o chefe de Estado representa a continuidade e permanência da unidade estatal, circunstância fundamental para a defesa um poder neutro a ser por ele exercido¹²⁷.

Percebe-se, que a Constituição faz uma contribuição essencial para a compreensão da dinâmica relacional “do povo” que produz um povo contínuo da democracia contínua. A força própria do direito, segundo Pierre Bourdieu¹²⁸, é instituir, isto é, fazer existir, dar vida ao que ele nomeia. Assim é com a Constituição que, aos nomear, termina por constituir no primeiro sentido do termo, os dois povos, fazendo-os existir. Mais uma vez, a afirmação pode surpreender porque rompe com o discurso acordado. “Uma constituição é o gênio de um povo”, “uma constituição é o ato pelo qual um povo expressa sua soberania”, são essas fórmulas e outras semelhantes oferecem uma representação cronológica das relações entre o povo e a constituição: primeiro, as pessoas, em seguida, a Constituição¹²⁹.

¹²⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p 150.

¹²⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 199.

¹²⁸ BOURDIEU, Pierre. **La vertu civile**. Le Monde, 16 de setembro de 1988.

¹²⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

Ou ainda, a existência do povo como precondição da Constituição, como causa da Constituição. Sieyès¹³⁰ dedicou célebres páginas do seu *O que é o terceiro estado?* para estudar “o que se deve entender pela constituição política de uma sociedade e perceber suas relações corretas com a própria nação.” E, por meio de fortes sentenças “Se ela (a nação) tivesse que esperar para se tornar uma nação, uma maneira de ser positiva, nunca teria sido. A nação existe acima de tudo, pois é a origem de tudo”, traça uma sequência lógica de coisas onde, “numa primeira época”, a nação é, formada apenas pelo direito natural, onde, “em uma segunda época”, a Constituição nasce da vontade da nação de organizar “seu jeito de ser”, e onde, “em uma terceira época”, os representantes exercem, pelo voto das leis e dentro do marco da Constituição, a vontade da nação. “Se formos além dessa série de ideias simples”, escrevia Sieyès¹³¹, “só podemos cair em absurdos de absurdos.”¹³²

Reconhecendo Sieyès¹³³ como pai da teoria do povo sujeito do poder constituinte, Carl Schmitt, em seu livro *A Teoria da Constituição*, reatualiza e fortalece as ideias do abade, considerando que, se o povo é sujeito do poder constituinte e se a Constituição é o ato de um povo capaz de agir politicamente, “o povo deve ser existente e pressuposto como unidade política.” A noção de “povo” não é, sem dúvidas, a mesma em Sieyès¹³⁴ e em Schmitt¹³⁵; no segundo, ela remete a uma origem e a uma homogeneidade étnica, enquanto, no primeiro, ela refere ao direito natural. Porém, ambos os discursos expressam a mesma ideia de povo, qualquer que seja sua identidade, acima e antes da Constituição. Há de se reconhecer que esta representação sábia das relações entre povo e Constituição tem o imenso mérito de “tornar verdadeira” a linguagem ordinária que geralmente apresenta o povo como o autor da Constituição. A eficácia dos dois discursos, o sábio e o ordinário, produziu

¹³⁰ SIEYES, Emmanuel. **Sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale.** In: Furet, François; Halévi, Ran (dir.). *Les Orateurs de la Révolution française.* Paris: Gallimard, 1989, p. 1026-1027.

¹³¹ SIEYES, Emmanuel. **Sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale.** In: Furet, François; Halévi, Ran (dir.). *Les Orateurs de la Révolution française.* Paris: Gallimard, 1989, p. 1026-1027.

¹³² ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel.** Paris: Lextenso, 2012.

¹³³ SIEYES, Emmanuel. **Sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale.** In: Furet, François; Halévi, Ran (dir.). *Les Orateurs de la Révolution française.* Paris: Gallimard, 1989, p. 1026-1027.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ SCHMITT, Carl. **Parlementarisme et démocratie.** Paris: Seuil, 1988.

uma verdade óbvia, perceptível ao senso comum, uma “ilusão bem fundada”, segundo a fórmula de Durkheim, que fortalece o sistema e que, obviamente, parece absurdo de discutir, como já avisou Sieyès¹³⁶.

No entanto, o projeto de democracia contínua convida a desconstruir essa representação e a sustentar que o “gênio da Constituição é o povo” ou, mais exatamente ainda, que “o gênio do processo constituinte é o povo.” De fato, o povo não é um dado imediato da consciência nem um dado natural; não é uma realidade objetiva, presente para si, capaz de ser entendida como tal. O povo é uma criação artificial, muito precisamente é criado pelo direito e, mais precisamente ainda, pela Constituição¹³⁷. Devemos reler Cícero que, na *República*, distingue e opõe à multidão (*multitudo*), um encontro sem forma de indivíduos, e o povo (*populus*) que, escreve ele, “só é constituído se sua coesão é mantida por uma multidão acordo sobre o direito.”¹³⁸

O povo não é apenas uma associação de indivíduos, é uma associação política e é o gênio de uma constituição que deverá transformar uma associação primária de indivíduos em uma associação política de cidadãos. A história da formação dos povos é, de fato, a de um processo contínuo e muitas vezes conflituoso de integração de indivíduos, de grupos, de comunidades inicialmente estranhas entre si e que, pela ação do direito e das instituições que a Constituição estabelece, estarão vinculadas por questões comuns a serem debatidas e resolvidas, por normas comuns, por serviços comuns que, por sua vez, desenvolverão um sentimento de solidariedade que constitui o povo político. Quando, por exemplo, Mirabeau quis descrever o estado da França nas vésperas da Revolução, ele falou de uma “miríade de povos”; e, depois de 1789, esta “miríade” tornou-se, sempre sob a pena de Mirabeau, “o povo francês”¹³⁹.

O que transformou uma miríade em um povo, para usar a interrogação de Jean-Jacques Rousseau, foi a Declaração de 1789, que, ao constituir os deputados como representantes do povo francês, cria, com o mesmo movimento, a

¹³⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

¹³⁷ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

¹³⁸ CICÉRON. **La République**. Paris: Gallimard, 1994. p. 45.

¹³⁹ ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. Paris: Lextenso, 2012.

representação e o povo, ligando assim um ao outro: os deputados não podem proclamar-se “representantes do povo” se não construírem o corpo político que pretendem representar; e, portanto, reciprocamente, o povo só pode existir se os representantes o construírem para que eles mesmos possam existir¹⁴⁰.

É o poder mágico da Constituição que, em um único movimento, cria o corpo político do povo e dá a esta criação jurídica a estranha sensação de ser o reflexo de algo – o povo – que produziu “na realidade”! Não é o povo, mas o artigo 3 da atual Constituição francesa, de 1958, que afirma que a soberania pertence ao povo e, ao fazê-lo, torna o povo soberano. Essa enunciação constitucional, por mais mágica que seja, não deixa de ser eficaz na produção de comportamentos, regras e instituições que se ajustam a ela. Assim, o Conselho Constitucional, em decisão de 9 de maio de 1991,¹⁴¹ qualifica o povo francês como um “conceito jurídico” que, por “dois séculos em muitos textos constitucionais, tem valor constitucional” e, portanto, proíbe o legislador de fazer do povo da Córsega uma parte do povo francês¹⁴².

Todavia, a Constituição não apenas produz o povo como um “conceito jurídico”, mas também produz o povo como pessoas físicas concretas. Isto também resulta da citada decisão de 9 de maio de 1991, em que o Conselho afirma que “o povo francês é composto por todos os cidadãos franceses sem distinção de origem, raça ou religião”. A denominação “composto” implica, em efeito, entender que o povo não é apenas uma entidade abstrata, mas um conjunto de indivíduos reais que dispõem de direitos que os tornam cidadãos. Além disso, o Conselho se encaixa perfeitamente na lógica política da Declaração de 1789, que não é dirigida a uma abstração ou ao corpo social, mas “aos membros do corpo social”. Os direitos são declarados para “todo homem”, “todos os cidadãos”, “os membros da sociedade”: o artigo 4 da Declaração afirma que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.” O artigo 6 diz que “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por meio de seus representantes” para a formação da lei,

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ CC 91-290 DC, 9 de maio de 1991, R., p. 50.

¹⁴² ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

de modo que prossegue dizendo que “todos os cidadãos” são iguais aos olhos da lei¹⁴³.

O artigo 7 diz que nenhum homem “poderá ser acusado, preso ou detido senão em casos determinados por lei.” O artigo 10 assegura que ninguém será perturbado por suas opiniões. Já o artigo 11 estabelece que “Todo cidadão, pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente.” Em termos claros, o povo que a Declaração coloca na cena política é o todo em cada um; é para este que a Declaração assegura direitos – concorrer para a formação da lei, falar e escrever livremente etc. – e é por meio desses direitos que o todo em cada um torna-se cidadão. Parafraseando Simone de Beauvoir, não se nasce cidadão, torna-se um pelo agir constitucional¹⁴⁴.

As declarações subsequentes de direitos reforçam essa lógica política “individual” ao conectar o todo em cada um com sua realidade vivida, com seu ambiente social, com sua singularidade. O Preâmbulo de 1946, em seu parágrafo 3, dá à mulher direitos iguais ao homem; no parágrafo 8, atribui ao trabalhador o direito de participar na gestão da empresa onde trabalha; no parágrafo 11, assegura à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos o direito à proteção da saúde, enquanto, no parágrafo 13, dá à criança e ao adulto o direito à educação e cultura. Aqui, não é o indivíduo abstrato que constrói a Constituição, mas o indivíduo concreto, tomado em sua situação sexual, profissional, geracional¹⁴⁵.

Continuando essa lógica, a Carta Ambiental de 2004 considera o indivíduo em seu ambiente natural: artigo 1, “Todos têm o direito de viver em um ambiente equilibrado e a favor da saúde”; artigo 2, “Todos têm o dever de participar na preservação e melhoria do meio ambiente”; artigo 7, “Todos têm o direito de ter acesso a informações relativas ao meio ambiente detidas por autoridades públicas e a participar no desenvolvimento de decisões públicas que afetem o meio ambiente”.¹⁴⁶”

¹⁴³ ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. Paris: Lextenso, 2012.

¹⁴⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

¹⁴⁵ ROUSSEAU, D. **Une résurrection, la notion de constitution**, RDP, 1990, p. 5, et *La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel, le débat*, oct. -nov. 1997.

¹⁴⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

Assim, a Constituição não só fabrica o povo-corpo político, como também fabrica o povo dos indivíduos democráticos, dando a cada um os direitos que os transformam e fundamentam sua legitimidade para intervir e atuar em todas as esferas da Cidade: negócios, família, escola, meio ambiente, consumo, saúde, direito etc. O povo da democracia contínua é construído e definido pelos direitos que a Constituição declara em benefício de seres físicos concretos¹⁴⁷.

Nesse sentido, o diálogo entre os atores do mundo do trabalho deve tender ao desenvolvimento econômico, social e ambiental. Elemento constitutivo da nossa democracia social, é uma garantia de paz social, um fator de desempenho econômico e progresso social para o país, os trabalhadores e a empresa lideram. O diálogo social contribui para senso de trabalho e sua qualidade. Assim, garante a sua utilidade econômica e social para o bem comum. O bem-estar de um funcionário que é respeitado e ouvido está refletido na qualidade de vida no trabalho, produtividade e competitividade¹⁴⁸.

Percebe-se, que a Constituição além de construir o povo político, constrói também o povo dos indivíduos democráticos. E este modo de construção significa que os povos da democracia contínua nunca estão fechados em si mesmos, fundados de uma vez por todas e definitivamente; está sempre aberto, é um povo contínuo na medida em que a “lista” dos direitos que o constitui se alonga e se altera constantemente. Ao contrário de uma ideia popular, a Constituição não é um texto morto, que parou no momento em que foi elaborado; é um ato vivo, um espaço aberto à criação contínua de direitos¹⁴⁹.

Nesse sentido, percebe-se também a importância do Conselho Constitucional, que desempenhou um papel fundamental no redesenho de uma arquitetura nova e única da relação entre direito e negociação coletiva. Sem dúvida, ele não podia ignorar a vontade do legislador e sua prática de defender a negociação coletiva para implementar reformas

¹⁴⁷ Permito-me, neste ponto, remeter a Dominique Rousseau, “Une résurrection, la notion de Constitution”, *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l’Étranger*, 1990, n. 1, p. 5.

¹⁴⁸ BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁴⁹ Permito-me, neste ponto, remeter a Dominique Rousseau, **Une résurrection, la notion de Constitution**, *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l’Étranger*, 1990, n. 1, p. 5.

legislativas. E principalmente a importância da sua jurisprudência, que conseguiu estabelecer a fundação constitucional de uma nova regra de hierarquia por uma interpretação aberta e dinâmica de princípio estabelecido na Constituição segundo o qual o legislador tem o poder de fixar os "princípios fundamentais do direito trabalhista e liberdade de associação" (artigo 34), que abriu novos espaços para negociação. Sua adesão à maioria legal era adesão concomitante à maioria política consagrado na lei de 31 de janeiro de 2007 a modernização do diálogo social, cujas disposições são agora codificado no artigo L. 1 do novo Código do Trabalho" em outubro de 2012.

Nota-se a transição de uma ordem vertical do modelo Kelseniano para uma ordem Habermassiana mais horizontal e deliberativa. Como foi capaz de escrevê-lo, já há trinta anos, Alain Supiot, "o tema da ilegalização é mediada principalmente por um tipo econômico de expressão¹⁵⁰". Isto porque a rigidez das normas jurídicas é percebida como a principal causa de irracionalidade da organização do mercado de trabalho, que é necessário, para estar "em fase com as exigências econômicas"¹⁵¹, que as regras são principalmente desenvolvidas pelos próprios parceiros sociais¹⁵².

Portanto direitos sociais enfatizam a deliberação e o contrato e causam um declínio relativo da lei. Assim, um direito que não é mais estabelecido pelo Estado, mas pelos atores sociais. A descentralização do Estado, como enfatiza Pierre Rosanvallon, amplia a concepção de legitimidade colocando o problema da política em uma forma mais ampla de sociedade do que a tradicional hierarquia de poder.

Nesse sentido, Cornélio Castoriades, diz que a democracia é uma instituição derivada do imaginário instituído, já Michel Foucault comentou sobre as dificuldades de governança nos micro-poderes. É por isso que os direitos sociais, como observou Dominique Rousseau, não podem ser resumidos no momento do sufrágio, na democracia contínua.

Os direitos sociais têm além do aspecto de imparcialidade ressaltado por Rosavallon, uma dimensão reflexiva. É claro que os parlamentos são eleitos pelo

¹⁵⁰ SUPIOT, A. **Délégation, normalisation et droit du travail**. *Droit social*, 1984, p. 296.

¹⁵¹ BARTHELEMY, J. CETTE G. **Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel**. *Droit social*, 2006, p. 31.

¹⁵² SUPIOT, A. **Délégation, normalisation et droit du travail**. *Droit social*, 1984, p. 296.

povo, mas sua representatividade é sempre discutível. Tribunais, geralmente nomeados por líderes, têm maior reconhecimento social do que parlamentos. Isso nos permite pensar segundo Rosanvallon em uma contra-democracia.

Percebe-se que os direitos humanos estão presentes em muitas constituições. Importantes constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de diferentes países, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassa as fronteiras dos respectivos estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas. A vantagem disso é que elas permitem novas formas democráticas que não se limitam à esfera do estado. Portanto o presente estudo surge a partir da dinâmica reflexiva sobre o direito e a democracia, destacando a importância das deliberações, dos juízes e da institucionalização de um novo espaço público.

Em *Direito e Democracia*, quatro categorias de direitos são assim levantados: três garantem a autonomia privada do cidadão e reconhecê-lo como destinatário do direito (direitos conferidos qualquer um (1) um máximo de *liberdades* individuais, (2) o status de *membro* de uma associação política e jurídica, (3) bem como *proteção* legal individual idêntica para cada um) e uma garantindo a autonomia política do cidadão e reconhecendo desta vez como o autor dos três tipos de direitos enumerados (correspondendo *aproximadamente* aos direitos de participação política)¹⁵³.

Segundo J. Habermas, essas categorias de direitos reconstruídos pelo filósofo não pretende impor externo *ao conteúdo* do processo deliberativo: ele volta em carne e osso para "preencher" essas categorias, isto é, produzir-se, através de práticas deliberativas reais, direitos singulares e com conteúdo específico. O papel da filosofia *sophe*, no entanto, é tornar explícito o significado do projeto de auto-legislação de cidadãos livres e iguais por meio de lei positiva e reconstruir as condições de possibilidade. Entre estas condições restrições "internas" inevitavelmente exercer o processo de deliberação se o projeto à tolerância dos cidadãos quer manter seu significado: o resultado de deliberações democráticas não podem ser legítimas se as condições padrões mínimos de simetria, liberdade e igualdade, correspondentes a

¹⁵³ HABERMAS, J. **Le paradoxe de l'état de droit démocratique. Paris: Gallimard. 1997.** p. 90-91.

quatro categorias de leis listadas, não estavam satisfeitas, o conteúdo concreto dos direitos pelos quais os cidadãos procuram traduzir essas condições de reciprocidade¹⁵⁴.

Como vemos, sem aderir a uma fundação de direitos, sua maneira impõe o suficiente processo democrático, outro elemento que compartilha como legado com contratualismo liberal¹⁵⁵. O modelo deliberativo certamente substitui o modelo contratualista, em que a comunidade jurídica procura um acordo com condições reais de comunicação. Não permanece não menos que esta busca de consenso, nem mais nem menos que o contrato social original, deve ser realizado sob condições ideal de liberdade e igualdade.

Os direitos sociais enfatizam a deliberação e o contrato e causam um declínio relativo da lei. Assim, um direito que não é mais estabelecido pelo Estado, mas pelos atores sociais. Nos últimos anos, uma série de escândalos públicos chamou atenção para a “nova questão constitucional”. Violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio [...] corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet¹⁵⁶.

Os escândalos acima mencionados extrapolam as fronteiras do Estado nacional em duplo sentido. Constitucionalismo além do Estado Nacional quer dizer duas coisas: os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores “privados” da sociedade mundial¹⁵⁷.

Percebe-se, alguns aspectos da constitucionalização associado ao diálogo social podem aparecer como freios ou inadequações e outros, pelo contrário, como ativos. No período de dúvidas que a França e o Brasil estão passando, é imperativo cultivar a parte mais positiva deste patrimônio para impulsionar uma nova dinâmica

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ HABERMAS, J. **droit et démocratie**. p. 135-149;

¹⁵⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23.

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 24.

de diálogo que é capaz de reforçar a nossa democracia social através da abertura de novas perspectivas¹⁵⁸.

3 SEGUNDA PARTE: UMA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL RENOVANDO A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A atual transição da representação política que era o sufrágio universal e o Parlamento, para a democracia parlamentar representativa. Com foco no diálogo social, denominada por Rousseau¹⁵⁹ de democracia contínua. Portanto, a representação da democracia contínua é a representação-separação; a do sistema representativo é a representação-fusão.

Para compreender a diferença é fundamental retornar à definição de representação. Segundo Bernard Lacroix: “Do ponto de vista prático, a representação é primeiramente definida como uma forma de divisão de tarefas.”¹⁶⁰ Em outras palavras, a representação define uma configuração que envolve dois protagonistas: um que representa e outro que é representado, atribuindo a cada um trabalho, uma função específica. A tarefa do representante é invariável segundo o tipo de representação: querer e falar em nome do grupo representado. Por outro lado, a tarefa dos representados varia radicalmente: na lógica da representação-fusão, é ser silencioso; na lógica da representação-separação, é continuar a querer, falar e agir¹⁶¹.

Sieyès explicou magistralmente a lógica da representação-fusão em seu célebre discurso de 7 de setembro de 1789: “Os cidadãos que nomeiam seus representantes renunciam e devem renunciar a fazer eles mesmo as leis; eles só

¹⁵⁸ BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁵⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

¹⁶⁰ LACROIX, Bernard, “Conclusion”, *in*: FRANÇOIS d’Arcy (dir.). **La Représentation.** Paris: Economica. 1985. p. 180.

¹⁶¹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

podem agir e falar por meio de seus representantes”¹⁶². Isso significa que o povo não tem vontade própria, não pode ter outra vontade além da expressa por seus representantes, uma vez que estes não existem separadamente daquele. A vontade dos representantes é a dos representados e vice-versa. Em outras palavras, o sistema político resultante da Revolução Francesa se baseia na ideia da identidade dos dois corpos, da sua fusão em favor do corpo de representantes que absorve o dos representados. Os instrumentos e o discurso de justificação desta representação-fusão são conhecidos¹⁶³.

Em termos de Direito Constitucional, percebe-se a transição entre uma concepção tradicional de constitucionalismo, que descreve a Constituição como documento único que limita o exercício do poder do Estado dentro de determinado território, e uma concepção de constitucionalismo social, que observa articulações transnacionais na resolução de problemas comuns. Na primeira, há uma preocupação estrita na construção de uma estrutura jurídica. Na segunda, surgem questões conectadas à efetividade e à eficácia do Direito Constitucional na resolução de problemas de natureza global.

Tal transição é representada na divisão epistemológica elaborada por Leonel Severo Rocha¹⁶⁴, que demonstra a transição entre as matrizes analítica e pragmático-sistêmica na teoria jurídica. A primeira carrega a influência de um Estado liberal-repressivo, em que a concepção de Direito está afastada de outras esferas da vida social. A segunda é produto direto de um Estado social e interventor, evidenciando a conexão do Sistema do Direito com os demais sistemas sociais¹⁶⁵.

Na pesquisa, será efetuada uma análise jurisprudencial como fonte de pesquisa, inclusive a de cortes estrangeiras, assim como no conselho constitucional e na Corte de Cassação da França e a jurisprudência no Brasil, objetivando, o intermédio da comparação entre os dois países, com uma reflexão mais aprofundada da nova importância dada aos juízes (Título 1). Uma democracia renovada: democracia contínua (Título 2).

¹⁶² SIEYES, Emmanuel. **Sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale**. In: Furet, François; Halévi, Ran (dir.). *Les Orateurs de la Révolution française*. Paris: Gallimard, 1989, p. 1026-1027.

¹⁶³ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

¹⁶⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

¹⁶⁵ *Ibid.*

Título 1. Nova importância dada aos juízes

Titulo 2. Uma democracia renovada: democracia contínua

3.1 TÍTULO 1. NOVA IMPORTÂNCIA DADA AOS JUÍZES

Na atual perspectiva da reforma trabalhista, a evolução possibilitou o reconhecimento do negociado sobre o legislado. Assim como as Constituições (formais e materiais) permitem a evolução no sistema. Nesse processo, a normatividade das expectativas que passam a compor a estrutura do Sistema do Direito é vinculada a três etapas: a estabilização, conectada ao passado, a seleção, em relação ao presente, e a variação, que liga o futuro¹.

Há, como destaca Rocha², uma necessária relação entre tempo e Constituição na evolução social. Essa lógica é colocada aos tribunais no enfrentamento de novos problemas de natureza constitucional, envolvendo temas globais, em que notavelmente a estrutura das constituições formais é insuficiente para o ato de decidir. A justiça torna-se supra-estatal, mencionada por Rousseau, uma vez que as leis nacionais e os julgamentos dos tribunais nacionais já não mais podem ser chamados de “supremos”, pois podem ser objeto de recurso junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia e à Corte Europeia de Direitos Humanos, cujas decisões são obrigatórias para os Estados. Por outro lado, em vez de um defeito institucional, ocorre um empoderamento quando as políticas conferem aos tribunais novos poderes, por exemplo: nos planos sociais. Desta forma, a transição do Estado Contemporâneo, no qual a essência e a legitimidade do Sistema jurídico não se encontram mais na figura do Estado e das normas produzidas por este³ mas na Democracia⁴.

Percebe-se que o lugar ocupado pelos juízes ou reencontrado, não é desastroso, mas é um momento importante no processo contínuo de civilização das sociedades, para usar a expressão de Norbert Elias.⁵ O pano de fundo de todo e qualquer processo, escreve Paul Ricœur, é a violência e, portanto, “o horizonte de qualquer ato de julgar é apresentar-se como uma alternativa à violência em todas as

¹FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 68.

²ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA; Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

³KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p 150.

⁴FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008a.

⁵ELIAS, Norbert. **La Civilisation des mœurs**. Paris: Calmann-Lévy, 1973; Id., **La Dynamique de l'Occident**, Paris: Calmann-Lévy, 1975.

suas formas” a velha simulação de justiça, isto é, a vingança.⁶ Portanto, a transição da barbárie para a civilização é feita com o abandono do linchamento em benefício da justiça.

Nesse sentido, a justiça é o código de acesso à democracia contínua, porque é a instituição que lhe dá a medida. O exercício do poder de fazer a lei não é mais monopolizado pelo casamento de vontades entre executivo e legislativo; abre-se a juízes constitucionais que intervêm de várias maneiras no processo de produção da lei. A seguir será analisado o papel especial dos juízes constitucionais Brasileiros e Franceses (Capítulo: 1). Bem como o papel da justiça do trabalho (Capítulo: 1).

⁶ RICŒUR, Paul. “**L’acte de juger**”. Esprit, julho de 1992.

3.1.1 CAPITULO 1. O PAPEL ESPECIAL DOS JUÍZES CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS E FRANCESES

A jurisprudência constitucional do direito do trabalho pode, em primeiro lugar, constituir um obstáculo às orientações desejadas pelo legislador. Em segundo lugar, poderia ser um impulsionador de mudanças na legislação trabalhista. É indiscutível que o direito constitucional é tal que constitui um obstáculo às mudanças que afetam o direito ao trabalho, uma vez que proíbe a violação injustificada ou desproporcional dos direitos e liberdades constitucionais. No entanto, há uma necessidade de nuance nesta abordagem, a seguir serão analisados o estudo do CC e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal na área do direito social.

Na França, o Conselho Constitucional não tem um poder de apreciação da mesma natureza que o Parlamento. Não pode, portanto, opor-se a uma mudança na orientação global do direito do trabalho que seria iniciada pela legislatura⁷. No entanto, assim como no Brasil, os juízes não podem evitar as dificuldades reais colocadas pela evolução do direito do trabalho, particularmente no que diz respeito as alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017 foram objeto de grande número de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal (STF), ao total 19 ações acerca da constitucionalidade de dispositivos da presente reforma. As ações discutem temas como: fixação de valores de indenização por dano moral, realização de atividades insalubres por gestantes e lactantes, imposição à parte vencida, mesmo que beneficiária da justiça gratuita, ao pagamento de honorários advocatícios e periciais.

Algumas dessas decisões já foram julgadas tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, 5.766, Distrito Federal, que tem como relator o Min. Luís Roberto Barroso e como requerente o Procurador-Geral da República. Referente ao direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da CRFB) e, conseqüentemente, o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). A Procuradoria-Geral da República, impugna⁸ a inconstitucionalidade material, às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita

⁷ SAVY, R.. **La Constitution des juges**. D., 1983, chron. p. 105.

⁸ (art. 790-B, caput e §4º; 791-A, §4º, e 844, §2º, da CLT), todos da Lei 13.467/2017, no âmbito da reforma trabalhista.

padecem de art. 5º, LXXIV) e do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), além de afronta ao direito fundamental à isonomia (art. 5º, *caput*)⁹.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4º); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2º). 2. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. 3. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência. 4. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: (i) não exceder a 30% do valor líquido recebido (por aplicação analógica das normas que dispõem sobre desconto em verbas alimentares: Lei 8.213/1991, art. 115, incs. II e VI; Decreto 3.048/1999, art. 154, § 3º; e Decreto 8.690/2016, art. 5º); e (ii) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social (atualmente R\$ 5.645,80). 5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos

⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766 Distrito Federal.

beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência. 6. Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça¹⁰. E por fim é legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Segundo M. Barroso, esta interpretação está de acordo com a Constituição. Primeiramente o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. Segundo a cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir, sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; também sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias.

Referente a mesma ação, o voto do Ministro Edson Fachin, foi diferente, segundo ele Desde a Constituição de 1934, o direito à gratuidade da justiça é reconhecido como um direito de âmbito constitucional, fazendo parte do regime de garantias e direitos essenciais para a vida política e social brasileira. Com exceção da Constituição de 1937, todos os textos constitucionais posteriores reconheceram a importância de tal prerrogativa aos hipossuficientes econômicos com a finalidade de garantir-lhes o pleno acesso à Justiça¹¹.

Ressaltou que não há inconstitucionalidade no **caput** do artigo 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando admite a possibilidade de imputação de responsabilidade ao trabalhador sucumbente, pois admitir a imputação é ato distinto de tornar imediatamente exigível tal obrigação do beneficiário da justiça gratuita. Se cessadas as condições que deu ao trabalhador o direito ao benefício da gratuidade da justiça, admite-se a

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=negociado+sobre+o+legislado>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=negociado+sobre+o+legislado>>. Acesso em: 06 jan. 2019. In: MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. In Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p. 135-138.

cobrança das custas e despesas processuais. Não se apresentam consentâneas com os princípios fundamentais da Constituição de 1988 as normas que autorizam a utilização de créditos, trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em virtude do ajuizamento de um processo perante o Poder Judiciário, uma vez que este fato sucesso em ação ajuizada perante o Poder Judiciário não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador¹².

Desta forma, ele fez o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade para que fosse julgado procedente. Entretanto a presente ação, ainda não foi julgada, está em processo de andamento¹³.

Por outro lado, na França é apreciado o direito ao emprego que poderia ter um certo peso na definição das novas orientações do direito do trabalho, se fosse suficientemente explorado. Por exemplo, o risco de um reconhecimento automático da causa justificativa da demissão econômica, baseado em dados puramente contábeis¹⁴, levanta questões com relação a esse direito. Mais especificamente, a questão da compatibilidade com o direito ao emprego de uma causa automática de despedimento, baseada num critério numérico, deve ser submetida ao Conselho Constitucional.

Se o papel de obstáculo do direito constitucional é questionável, o papel do motor que ele pode ter é ainda mais incerto. Em particular, a constitucionalização do direito do trabalho não implica sua expansão para os autônomos sem qualquer intenção do legislador. Pelo menos, uma base como a incompetência negativa, se não puder garantir tal extensão, poderia permitir uma certa harmonização entre a legislação trabalhista e outras situações que envolvam o trabalho em situação de subordinação. Neste último caso, a mobilização de recursos constitucionais não permitiria a ampliação do direito trabalhista, mas tomar como referência a legislação

¹² Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=negociado+sobre+o+legislado>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

¹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766 Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=negociado+sobre+o+legislado>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

¹⁴ Ver as discussões sobre o artigo L. 1233-3 do Código do Trabalho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. Coulombel, Tarasewicz, Sach, E., T., **Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement?**. RTD 2016, p. 662.

trabalhista poderia levar a um avanço nos direitos de que gozam os trabalhadores excluídos.

Este desenvolvimento, também baseia-se no pressuposto de que os parceiros sociais estariam sempre melhor colocados do que o legislador para determinar as dificuldades e encontrar as soluções mais adequadas. Essa ideia, que se espalha no discurso político e jurídico, pode ser discutida¹⁵. O Conselho Constitucional, por sua vez, não está interessado na relevância do uso da negociação coletiva. Seu papel é controlar o cumprimento da Constituição das modalidades escolhidas pelo legislador. Algumas dessas novas modalidades apresentam uma originalidade real em relação às técnicas usualmente utilizadas pelo legislador. Eles, portanto, levantam novas questões constitucionais que provavelmente amplificarão e enriquecerão a constitucionalização do direito do trabalho.

Para haver cumprimento do direito constitucional, e o seu dever de emanar provimentos normativos, a própria Constituição criou dois mecanismos de controle: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. Neste caso apresentado será analisada uma ação que foi reabilitada e provido o Mandado de Injunção referente há questões trabalhistas: que versa sobre a greve, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Mando de Injunção não servia para sanar omissão, mas que havia para dar ciência da omissão, a omissão legislativa. Mas depois ocorreu a greve do Serviço Público, e o STF decidiu dar o papel que lhe cabe que é do tribunal, de inclusive criar normas que serão aplicadas até que o congresso legisle e cumpra seu papel. A greve no Serviço Público, em que o Supremo determinou que diante da omissão do congresso diante deste fato, deveria ser aplicada a mesma legislação que cabe no Serviço Privado.

Neste sentido, a questão da greve dos Servidores públicos, foi delicada pois deveria conciliar os direitos fundamentais com interesses da sociedade, este seria o balanceamento mais difícil para o Supremo que tinha decidido no Mandado de Injunção antes referido, que aplicava-se a greve dos servidores públicos, o mesmo regime que se aplicava no setor privado. Neste caso concreto, a greve foi prolongada

¹⁵ LOKIEC, P. **Vers un nouveau droit du travail?**. D. 2017. p.2109.

greve, era referente a escola Técnica do Rio de Janeiro, havia a discussão se era possível cortar ou não o ponto, o problema dessas greves, é que o sujeito deflagra a greve e continua recebendo normalmente, então ele não tem grande incentivo para parar a greve, pois tem o Poder Público ao seu lado. Diferente do empresário, que não tem grande prejuízo, pois não é uma empresa que está gerando perdas, o fato de não ter aula, não gera uma perda imediata para o estado, de modo que o Estado não tem grande interesse em dialogar. Portanto é uma greve que se arrasta, uns recebendo sem trabalhar e outros cuidando de outras coisas “porque não tem jeito mesmo”, as greves eram tão intensas, que duravam de três até quatro meses com peritos do INSS, no caso de professores das Universidades Estaduais e Federais, o aluno perdia o semestre, portanto o sistema não funcionava. O Brasil precisou de um choque de pragmatismo, pois tudo que não funciona precisa se revisitar, tendo em vista que as greves se arrastavam, mais e mais, os pais que trabalham não tinham onde deixar seus filhos durante o horário escolar criou-se um problema geral na vida privada.

Nesta esfera, na iniciativa privada, quando deflagrada a greve, não se suspendia o contrato, mesma regra no serviço público, parou-se de pagar, com exceção, poderia continuar o pagamento apenas se a greve fosse legítima. O Supremo percebeu que a deflagração da greve deveria ter este custo (ou para ter fundo de greve, ou para a greve ser rápida). Veja uma parte da decisão proferida no MI: 708-DF:

(...) Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Desta forma o Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determina a aplicação das Leis nos 7.7011/1988 e 7.7833/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis¹⁶.

¹⁶ STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

A decisão foi no sentido de não haver mais incentivo para todas as escolas entrarem em greve. Entretanto o Ministro ressalta que se for greve por descumprimento de acordo ou por uma atividade ilícita do poder público não se efetuará o pagamento, contudo se a greve for atestada há garantia de continuar recebendo. Essa foi a posição que prevaleceu no Supremo, com votação foi de 6 a favor e 4 contra. Portanto o Supremo Tribunal Federal produziu um impacto positivo, mas deixou consignado que o legislador poderá, futuramente, editar norma que acredite estar mais adequada referente à essa matéria constitucional.

Outra ação social interessante a ser analisada é a Demissão incentivada, que foi adotada pelo Estado de Santa Catarina, instituiu um plano de demissão incentivada que teve amplo apoio dos empregados, do qual os sindicatos a faziam acordo coletivo, o plano teve amplo apoio dos empregados, pois eles achavam interessantes e de fato eram. O plano prévio do acordo coletivo e a adesão voluntária de cada empregado, para quem aderisse ao plano perdia a estabilidade, mas passava a ter uma indenização superior a que teria direito, se fosse uma indenização que teria que ter normalmente. Portanto ganharia um valor substancial do que pela via normal, por exemplo: em um caso concreto que era julgado no Supremo uma senhora recebeu 80 vezes o salário, e quem aderisse ao plano assinava um acordo de quitação geral e restrita. Depois de muitas discussões, o tribunal regional de Santa Catarina acentuou que neste caso a quitação geral era válida, legítima superando jurisprudência, o que constava expressamente o próprio dispositivo específico. Entretanto o TST entendeu que a quitação era inválida, portanto as pessoas que receberam condições extremamente vantajosas, passaram por entrar em juízo, para ganhar mais direitos. Veja a Ementa da decisão:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de demissão incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como de quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais

de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de demissão incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 2 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral.(...)”¹⁷

Nesse sentido, esta decisão teve como tese que a transação que ocorre extrajudicial, vale também para rescisão do contrato de trabalho, que pode ocorrer por adesão voluntária do empregado ou a plano de demissão incentivada, ensejando a “quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”¹⁸.

Outra decisão a ser analisada como medida social é o Recurso Extraordinário com repercussão geral, que envolve o Ministro Luiz Fux, referente a terceirização.

¹⁷ STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30.04.2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150430-10.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹⁸ STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30.04.2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150430-10.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

Segundo Barroso, essa é uma matéria que deveria ser resolvida no Congresso Nacional essa é uma escolha política que deveria ser parte da sociedade brasileira e dos seus representantes, o problema deste caso como muitas outras hipótese de judicialização, é que não se consegue produzir consenso mínimo do congresso para avançar essa agenda, para a terceirização, há um projeto que foi aprovado na Câmara e passou pelo Senado, Barroso faz uma crítica a espera dessa decisão em sede legislativa, porque este é o lugar próprio para se escolher. Mas passado mais de 2 anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu em agosto de 2018, que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais, do processo produtivo, seja meio ou fim. Essa discussão referente a flexibilização, sete ministros votaram a favor da terceirização e quatro contra. A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”¹⁹.

Com relação aos direitos a receber, ou seja, o direito aos benefícios materiais comumente utilizado na França, o Conselho Constitucional exerce um controle real, mesmo que limitado, há diversos julgados nesse sentido.

Conforme o documento Constitucional da França, 11^o parágrafo ^{preambular} de 1946, o Estado

Garante a todos, inclusive à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, proteção da saúde, segurança material, descanso e lazer. Qualquer ser humano que, devido à sua idade, estado físico ou mental, situação econômica, se encontre incapaz de trabalhar tem o direito de obter da comunidade os meios de subsistência adequados.²⁰

Nessa toada, o Conselho Constitucional francês, considerou que a exigência fundamental decorrente dessas disposições:

¹⁹ Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em: 06 jan. 2019.

²⁰ Preâmbulo da Constituição – França, 1946. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

implica a implementação de uma política nacional de solidariedade em favor da família; que, entretanto, cabe ao legislador atender a essa exigência, escolher as modalidades de assistência às famílias que lhe parecerem apropriadas ²¹

Considerou ainda que a cobrança constitucional decorrente dessa normatização:

implica a implementação de uma política nacional de solidariedade para os trabalhadores aposentados; que, entretanto, é possível ao legislador, para atender a essa exigência, escolher as modalidades concretas que lhe parecem adequadas²².

Ressalta-se que em qualquer momento cabe ao legislador adotar as medidas que deduzir cabíveis para dar andamento ou conciliar com os objetivos de natureza constitucional, podendo inclusive firmar novos métodos que lhe admitam estimar a adequação, "todavia o exercício este poder não pode resultar na privação de garantias legais de requisitos constitucionais"²³.

Assim, o Conselho averigua caso a caso, observando se as disposições normativas não infringem garantias jurídicas dos requisitos constitucionais, colaciona-se três julgados nesse sentido:

No que tange ao assunto de prestações familiares, o Conselho assim decidiu:

se as disposições dos décimo e décimo primeiro parágrafos do Preâmbulo de a Constituição de 1946 não impede, por si só, que o benefício das prestações familiares seja submetido a um teste de meios, as disposições legais previstas na lei não podem fixar limites máximos para os recursos, tendo em conta outras formas de ajuda às famílias, para que as exigências do preâmbulo de 1946 fossem postas em causa; que, sujeito a esta reserva, o Artigo 23 não é contrário aos parágrafos décimo e décimo primeiro preambular da Constituição de 1946²⁴.

Já referente ao ingresso de uma contribuição fixa pelos segurados para determinados atos ou até mesmo de consulta abarcadas pelo seguro doença, o Conselho entendeu que "o montante dessa contribuição deve ser fixado a um nível tal

²¹ Decisão n ° 97-393 DC de 18 de dezembro de 1997

²² Decisão n ° 2003-483 DC de 14 de agosto de 2003

²³ Decisão No. 99-416 DC de 23 de julho de 1999.

²⁴ Decisão n. 97-393 DC de 18 de Dezembro de 1997.

que não são desafiados os requisitos da 11^o parágrafo do Preâmbulo da Constituição de 1946 "25.

Enfim, o terceiro julgado diz respeito a criação de uma dedução anual deixada ao segurado por alguns custos relacionados com medicamentos, atos efetuados por um auxiliar médico e por transportes médicos, dentro do limite de um limite máximo anual, Conselho considerou " *que a quantidade do nível do teto franquia e será fixado de modo que eles não são desafiados os requisitos do 11^o parágrafo do Preâmbulo da Constituição de 1946* "26.

Nestes casos, é possível perceber, a preocupação reservas de interpretação, de fato, os regulamentos de aplicação da lei e serão implementadas pelo Conselho de Estado, tanto na sua formação consultiva como contenciosa.

Já em 1986, o Conselho de Estado decidiu, em conexão com uma deliberação da Assembleia Territorial da Nova Caledônia, que fez a concessão de abonos familiares sujeitos a um teto anual de recursos e modulou seu montante de acordo com a renda,

Que os métodos de determinação dos limites de renda estabelecidos pela assembleia territorial não afetam, neste caso, o princípio geral de que a nação proporciona à família as condições necessárias para seu desenvolvimento e garantias, em particular criança e mãe, segurança material 27.

Em um caso de cinco de maio do ano 2000, um recorrente pediu a anulação do decreto de 1998 sobre a reavaliação do RMI. O Conselho de Estado tem em conta, por um lado, que esta prestação é " *um dos elementos do regime de ajuda social às pessoas privadas de recursos* ", por outro lado " *outros auxílios que podem ser concedidos* ". Segundo o juiz, não resulta dos documentos do processo que a quantia retida pelo decreto viole o " *direito de obter dos meios de vida da comunidade* "

25 Decisão nº 2004-504 DC, de 12 de agosto de 2004

26 Decisão No. 2004-504 DC de 12 de agosto de 2004.

27 Seção 6 de junho de 1986, Federação dos Funcionários Públicos, Servidores Públicos e Outros Trabalhadores.

resultante do Preâmbulo ou esteja viciada por um erro manifesto de apreciação (EC, 5 de maio de 2000, *M. Pinault*, No. 205043).

Como a percepção desta última decisão fica claro, que o Conselho de Estado exerce apenas um controle mínimo, um controle restrito ao erro manifesto de apreciação.

Por outro lado, introduzir o tempo longo de reflexão na elaboração de regras não significa que os juízes constitucionais sujeitem o tempo presente ao controle dos velhos tempos pela simples razão de que princípios constitucionais não são “coisas” definitivamente solidificadas no momento histórico de sua enunciação. Eles estão mais envolvidos com desejos e promessas do que com objetividade: igualdade entre homens e mulheres, liberdade individual e fraternidade são, entre outros, traços desejados, esperados e sonhados por uma sociedade democrática que, diariamente, deve encarar a exclusão, a desigualdade, as injustiças, a arbitrariedade e a dominação²⁸. Nesse sentido, como escreve Habermas, “como projeto de uma sociedade justa, uma constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro cada vez antecipado no tempo presente; ela é um projeto inacabado.”²⁹ Portanto, a única exigência que esses princípios enunciam é realizar no tempo presente as promessas que eles declaram. É o que o tribunal constitucional faz: considerando que a possibilidade de que cada pessoa tenha uma habitação decente é um objetivo constitucionalmente assegurado, ele realiza no tempo presente a “promessa” do direito de dar a todos as condições necessárias para o seu desenvolvimento, conforme previsto pelo Preâmbulo, em 1946³⁰; ao afirmar que é baseado na evolução sofrida pelo direito de propriedade desde 1789 que deve ser entendida a reafirmação, por intermédio do Preâmbulo de 1958, do caráter constitucional desse direito, o Conselho Constitucional refere-se ao direito de propriedade de hoje e não ao de ontem, isto é, um direito que, tendo incorporado múltiplos ataques e amputações, necessariamente incluiu a possibilidade de sofrer limitações legislativas por razões de interesse geral;³¹ ao afirmar o caráter constitucional da liberdade de acesso à Internet, o Conselho realiza no tempo presente o artigo 11 da Declaração de 1789,

²⁸ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l'agir communicationnel**. Paris: Fayard, 1987.

³⁰ CC 94-359 DC, 19 de janeiro de 1995, R., p. 176.

³¹ CC 89-256 DC, 25 de julho de 1989, R., p. 53.

reconhecendo a “todo cidadão o direito de falar, escrever e publicar livremente.”³² Assim, por sua interpretação permanente dos princípios fundadores, exigidos por sua própria natureza de promessas, o juiz constitucional os mantém vivos, abertos, nunca fetichizados. Ele incorpora tanto a necessidade de decidir sobre as regras da vida comum em um determinado momento quanto a necessidade de deixar a discussão continuar, pois suas regras são indecíveis para sempre. De uma certa maneira, o juiz constitucional é a institucionalização da indeterminação do direito. “Projeto inacabado”, a Constituição contínua sempre³³.

Além disso, percebe-se, que a transição do exercício do poder de fazer a lei não é mais monopolizado pelo casamento de vontades entre executivo e legislativo; abre-se a juízes constitucionais que intervêm de várias maneiras no processo de produção da lei. No que diz respeito à divisão de papéis entre a lei e a negociação coletiva, o princípio norteador está no controle da competência do legislativo na Constituição. A este respeito, o Conselho Constitucional elaborou regras muito específicas destinadas a regulamentar o direito do legislador de referir a negociação coletiva à implementação das disposições que adota ou de autorizá-la a derrogar-se a elas. Por um lado, o Conselho Constitucional reconheceu a possibilidade de o legislador atribuir aos parceiros sociais a tarefa de determinar as modalidades práticas para a implementação dos direitos e obrigações relativos às condições de trabalho, uma vez definidos com precisão³⁴. Por outro lado, permite ao legislador autorizar uma convenção coletiva que derogue uma norma jurídica de ordem pública, desde que esta defina com precisão a finalidade e as condições desta derrogação³⁵.

No entanto, parece que a jurisprudência constitucional é dificilmente solúvel na divisão tripartida entre políticas públicas, um campo deixado à negociação coletiva e disposições supletivas, o que deve levar à reescrita do Código do Trabalho³⁶. Em particular, as disposições destinadas a regulamentar as derrogações convencionais correm o risco de ser disseminadas tanto entre aquelas que

³² CC 2009-580 DC, 10 de junho de 2009, R., p. 107.

³³ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

³⁴ Cons. const., décision n° 89-257 DC.

³⁵ Cons. const., décision n° 2004-494 DC.

³⁶ COMBEXELLE. D. **La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre**. France: Stratégie, 2015, p. 79.

determinam o campo da negociação coletiva como aquelas apresentadas como supletivas, levando assim à ilegitimidade ou mesmo à insuficiência deste quadro.

Em vez de considerar a jurisprudência constitucional como um obstáculo a ser superado, o legislador se beneficiaria de ser inspirado por seu rigor ao reescrever o código trabalhista. Em especial, parece preferível abandonar a estrutura tripartida recomendada pelo relatório Combrexelle³⁷ para adoptar uma distinção, no atual plano temático do Código do Trabalho, entre as disposições obrigatórias, por um lado, e as disposições supletivas, por outro lado³⁸ fim de ter em conta as lições resultantes da constitucionalização do direito do trabalho, deve ser incluído na primeira categoria, disposições que estabelecem regras de ordem pública e aquelas que determinam os métodos de intervenção da negociação coletiva. A segunda categoria, por outro lado, contém as disposições relativas aos domínios em que nenhum quadro é constitucionalmente esperado do legislador.

Além disso, essa presença ativa de juízes no sistema de enunciação da vontade geral não é uma descoberta. Ou, mais precisamente, ela apenas encontra-se sob o efeito de um discurso oficial que apresenta constituições, leis e outros textos jurídicos como atos produzidos por autoridades políticas, tendo um único e exclusivo significado – aquele que é desejado por essas autoridades – e, portanto, devendo ser entendidas como normativas por si e em si mesmas. Nessa lógica, os juízes não participam da normatividade, pois ela é externa e superior a eles, os quais devem apenas aplicá-la aos casos que lhes são submetidos. Todo mundo conhece a célebre frase de Robespierre: “A jurisprudência é um termo que deve ser banido da língua francesa.” O termo e a coisa ainda estão lá hoje, mas, no entanto, o discurso oficial não é mais audível – mesmo que ainda seja mantido pelo espaço político. A Constituição, a lei ou qualquer outro ato normativo não termina antes de chegar aos juízes; esses textos não são normas que o juiz teria apenas que aplicar aos casos particulares que se apresentarem perante eles; as constituições e as leis em geral são textos inacabados, isto é, são normas em potencial que esperam convertidas em ato

³⁷ COMBREXELLE. D. *La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre*. France: Stratégie, 2015, p. 79.

³⁸ BAUDUIN, B. *Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel*. *RDT*, septembre, 2017. p. 525.

no momento em que o juiz atribui às palavras da lei o significado que lhes dará sua força normativa. A constituição ou qualquer outro ato normativo é, materialmente, um mero escrito feito de palavras e, portanto, um texto indeterminado e indeterminante, uma vez que palavras, por mais banal que possa parecer dizer isso, são sempre dotadas de vários significados. Desse modo, todo juiz deve necessariamente dar sentido ao texto que ele utiliza no exercício de seu controle; ele não o faz por um comportamento herético ou dominador, mas por função. Sem este trabalho de interpretação, a Constituição permaneceria desprovida de normatividade ou, em outras palavras, a vontade do soberano que ela representa não teria controle sobre os representantes. A palavra do povo-todos-em-cada-um afirma-se como obrigação, comando ou restrição aos eleitos por meio do “ato jurisdicional”, cuja capacidade de atribuição de um sentido específico torna a palavra um discurso ativo, um discurso que produz efeito de ordem. Sem essa mediação hermenêutica, a palavra desse povo seria perdida em uma alegre cacofonia³⁹.

Nota-se também, que a redefinição do diálogo social também pode levar a uma limitação direta dos direitos constitucionais. A fim de assegurar a eficácia da utilização da negociação coletiva, o legislador está, por exemplo, tentado a abandonar a capacidade de resistência do contrato de trabalho em detrimento da liberdade contratual⁴⁰. Para evitar qualquer falha de negociação coletiva, o legislador procura favorecer o uso de referendos, em detrimento deste tempo de liberdade de associação e até mesmo do princípio da participação.

A este respeito, a recente decisão de 21 de março de 2018 é surpreendente quando implica que "o princípio da participação não exclui a celebração de um acordo coletivo sem negociação coletiva"⁴¹. Esta resposta é trazida pelo Conselho Constitucional, com novos problemas que alimentam a constitucionalização do direito do trabalho pela sua tecnicidade. Pareceu então apropriado analisar a seguir

³⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

⁴⁰ BAUGARD, D., GRATTON L. **Les accords de préservation ou de développement de l'emploi: premier regard conventionnel et constitutionnel**. Dr. soc., 2016. p. 745.

⁴¹ FABRE, A. **Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises**. Dr. ouvr., 2018. p. 441-449.

os impactos que a constitucionalização do diálogo social poderá ter na definição das diretrizes do direito trabalhista pelos atores sociais.

A teoria de um juiz como simples autômato repetidor da lei foi definitivamente invalidada, na França, pela controvérsia entre a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional acerca da compreensão da expressão “disposição legislativa que pode ser objeto de uma questão prioritária de constitucionalidade.” Para a Corte, se o requerente não impugnasse a disposição legislativa, mas a sua interpretação pelos juízes, a questão não seria admissível e não deveria ser transmitida ao Conselho⁴²; do contrário, para o Conselho, “ao propor uma questão prioritária de constitucionalidade, qualquer litigante tem o direito de contestar a constitucionalidade do alcance efetivo que a interpretação jurisprudencial confere a esta disposição.”⁴³ Estando assim plenamente reconhecidas a diferença entre o texto e a norma, sobretudo o papel decisivo que o juiz assume na transição de um para o outro, evidenciou-se que é o seu trabalho de interpretação que faz a norma, que dá a um texto jurídico seu “alcance efetivo”⁴⁴.

Aos representantes, a tarefa de governar com o desenvolvimento de um espaço e prerrogativas dedicadas; aos representados, a tarefa de reivindicar, de controlar. Esta é a divisão de tarefas que a representação coloca em prática desde as primeiras palavras da Declaração de 1789: “Os representantes do povo francês (...) resolveram expor (...) os direitos naturais (...) do homem a fim de que (...) os atos do poder legislativo e os do poder executivo, que possam ser a cada instante comparados com o objetivo de toda e qualquer instituição política, sendo assim mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, fundadas agora em princípios simples e incontestáveis, sempre se voltem para a manutenção da Constituição e a felicidade de todos.”⁴⁵

No Brasil, cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em

⁴² C. cass., QPC, 19 de maio de 2010, Yvan Colonna.

⁴³ CC 2010-39 QPC, 6 de outubro de 2010, *J. O.*, 7 de outubro de 2010, p. 18154.

⁴⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

⁴⁵ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015

um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica⁴⁶, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos⁴⁷.

A Capacidade institucional é a capacidade de determinado Poder decidir em sob determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, que podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico⁴⁸. Contudo, atualmente o exercício do poder de fazer a lei não é mais monopolizado pelo casamento de vontades entre executivo e legislativo; abre-se ao juízes constitucionais que intervêm de várias maneiras no processo de produção da lei⁴⁹.

Na França e no Brasil a produção parlamentar da lei não é mais suficiente para garantir sua validade normativa; a lei pode reivindicar expressar a vontade geral apenas se, e somente se, respeitar a Constituição. Por exemplo: na França se, e somente se, o Conselho Constitucional julgar que o texto votado pelo Parlamento não infringe um ou outro direito ou princípio constitucional; porque, se assim fosse, isto é, se o texto fosse considerado inconstitucional, não poderia expressar a vontade geral e, por consequência, a qualidade de lei não poderia ser reconhecida⁵⁰.

No Brasil o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, analisara e julgara o caso concreto, a microjustiça⁵¹, ou seja a interpretação constitucional é a pré-compreensão, bem como as capacidades institucionais do

⁴⁶ A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, DJ, 12 mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

⁴⁷ V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. Interpretation and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*. University of Chicago Law School, 2002: "Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas" (p. 2). Sobre o tema, v. tb. VERMEULE, Adrian. **Foreword: system effects and the constitution**. Harvard Law Review, Cambridge, nov. 2009, n. 123, p. 4.

⁴⁸ Por exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

⁴⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro jul./set.2006, v. 1, n. 3. p. 34.

intérprete. Mesmo que muitas vezes não tenha condições, para avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público, percebe-se que “a teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquele ideal”⁵².

Entretanto, o princípio da representação estabelece claramente uma separação entre os corpos dos cidadãos e dos representantes, não procurando ocultar, mascarar ou negar essa separação. O problema político é que os revolucionários não sabiam como construir o espaço e os meios que permitem aos cidadãos realizar sua tarefa e, assim, manter a separação. Condorcet e Héroult de Séchelles propuseram e defenderam, em 1793, um projeto de Constituição que previa em benefício dos cidadãos “um meio legal de reclamar.”⁵³ Ao lado do corpo legislativo, eles criaram uma instituição de controle de representação que denominaram “júri nacional” – que alguns deputados irão renomear como ... Conselho Constitucional! – e cuja função é censurar os atos dos representantes contrários aos direitos reconhecidos aos cidadãos. Porém, este projeto seria rejeitado pelos Montagnards, afirmando com Robespierre que não há necessidade de dar ao povo uma maneira legal de reclamar contra as leis opressivas, uma vez que ele tem um direito natural à insurreição contra a tirania: “subjugar às formas legais a resistência à opressão é o último refinamento da tirania”, dizia Robespierre.⁵⁴

Foi necessário aguardar a Constituição de 1958, que criou o Conselho Constitucional, e ainda mais a decisão de 1971 que incluiu as Declarações de Direitos entre os parâmetros para o controle das leis, bem como a revisão de 1974 que deu a sessenta membros do Parlamento o poder de acionar o Conselho Constitucional, e acima de tudo, o reconhecimento, em 2008, do direito de todos os litigantes contestarem a constitucionalidade da lei aplicada a ele, a fim de institucionalizar este

⁵² SARMENTO, Daniel. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 317.

⁵³ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015. *In*: CONDORCET, Rapport de, 15 de fevereiro de 1793, A. P., t. LVIII, p. 583; e a proposição de Héroult de Séchelles, 24 de junho de 1793, A. P., t. LXVII, p. 139.

⁵⁴ A. P., t. LXIII, p. 199. *In*: ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

“meio legal de reclamação” que Condorcet defendia. Embora a representação-fusão esteja muito presente nas mentes de todos, abre-se assim a compreensão da representação como separação. Esse entendimento é, de fato, a consequência necessária do controle da constitucionalidade. Em cada decisão do Conselho Constitucional, a mesma cena é executada: os atos votados pelo corpo dos representantes – as leis – são julgados tendo em vista os direitos do corpo dos representados – a Constituição. Isto implica não apenas o reconhecimento de dois espaços distintos, com duas vontades normativas potencialmente contraditórias – a lei e a da Constituição –, mas também a irreduzibilidade desses dois espaços, a impossibilidade de sua fusão. Sem a existência e desenvolvimento de um controle de constitucionalidade, a atividade legislativa dos representantes é diretamente imputada à vontade do povo sem que este último possa reivindicar, uma vez que, por definição, ele não existe de maneira separada e independente, ele não pode ter vontade alguma além da expressa pelos representantes⁵⁵.

O controle da constitucionalidade, os representantes continuam sempre habilitados a expressar a vontade do povo, mas a fusão das duas vontades não é mais mecânica: pelo espaço dos direitos fundamentais, que constrói e que designa o espaço da representação autônoma do corpo dos cidadãos, o juiz constitucional está sempre em posição de mostrar – “tendo em vista a Constituição”, como vem escrito nas fundamentações de cada decisão – e, quando apropriado, sancionar a distância entre as exigências constitucionais e suas traduções legislativas feitas pelos representantes. Ao assim “mostrar” que os dois espaços podem não coincidir e que, em caso de conflito, o espaço dos cidadãos prevalecerá sobre o dos representantes, a figura do juiz constitucional representa a proibição de que os representantes possam reivindicar a condição de que eles mesmos sejam o Soberano, pois resta, enfim, desvelada a sua posição como meros delegados que sempre podem ser lembrados do respeito pelos direitos dos cidadãos⁵⁶.

De certa forma, o Conselho Constitucional coloca a representação na representação ou, mais precisamente, desconstrói o sistema de justificações,

⁵⁵ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

⁵⁶ *Ibid.*

desvelando a ilusão que constitui a identificação do povo com seus representantes; mostra a separação que a representação implica na prática e impede que essa separação seja negada; ele preserva a representação, e faz ver e viver ao comparar os atos do poder com os direitos dos cidadãos⁵⁷.

Ao contrário de uma apresentação ainda prisioneira da ideia de representação-fusão, o controle da constitucionalidade não é a introdução de um elemento “liberal” ou “aristocrático” na democracia. É o elemento que realiza o projeto de representação democrática instituindo um sistema político baseado em duas estruturas: a instituição que permite que os representantes voltem a lei – o Parlamento – e a instituição que permite aos cidadãos demandar contra a lei com base na Constituição – a jurisdição constitucional⁵⁸

Percebe-se, que o estudo da constitucionalização do direito do trabalho, e portanto, do juiz constitucional provou ser uma jornada, do presente ao futuro, do acervo para o que está sendo construído. Se o advento da questão prioritária da constitucionalidade ajudou na França a revitalizar esse processo, é provável que a verdadeira fonte de intensificação da constitucionalização do direito do trabalho esteja nas questões levantadas por reformas recentes e futuras. Dinâmicas contemporâneas, movimento por natureza inacabado, a constitucionalização do direito do trabalho tem um futuro muito rico diante dele se o potencial do Preâmbulo da Constituição de 1946 na França e a Constituição de 1988 no Brasil for plenamente explorado.

⁵⁷ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

⁵⁸ De onde decorre a importância, na França, de uma profunda reforma do Conselho Constitucional, ver *infra*, Cap. 5.5.

3.1.2 CAPÍTULO 2. O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tendo em vista a Reforma Trabalhista. Os julgados brasileiros estão fixando entendimentos em sede sentencial e recursal, sobre diversos assuntos, assim como a doutrina vem fixando posicionamentos corroborando com a efetiva aplicabilidade do direito. Nesse sentido serão analisadas as decisões da Câmara Social do Tribunal de Cassação na França e no Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Tendo em vista o direito comparado, no Brasil e na França analisam-se algumas semelhanças no direito social tais como as alterações normatividade da liberdade de trabalho da constituição da Reforma Trabalhista, no Brasil e no conselho constitucional, na Corte de Cassação da França.

Desta forma analisam-se as alterações da Lei nº 13.467/2017 que instituiu a denominada “Reforma Trabalhista” e alterou diversos dispositivos da CLT, e acarretou profundo impacto nos operadores do direito do trabalho e na sociedade em geral, procura-se realizar um estudo sobre os efeitos que esta reforma pode ocasionar no Brasil. Bem como analisar algumas decisões judiciais na França como a decisão de 10 de julho de 2002, ocorridas na Câmara Social do Tribunal de Cassação, decisões provocam uma inversão de jurisprudência sobre as condições de validade das cláusulas de não concorrência estipuladas em um contrato de trabalho¹.

A jurisprudência que surgiu na França em 2002 na Câmara Social do Tribunal de Cassação, equivale a refletir sobre o poder criativo do juiz comum em relação ao poder do juiz constitucional. Esta decisão opera, em três decisões proferidas no mesmo dia, uma inversão de jurisprudência sobre as condições de validade das cláusulas de não concorrência estipuladas em um contrato de trabalho². Estas cláusulas proíbem o empregado, no final do seu contrato, de exercer certas atividades profissionais susceptíveis de prejudicar o seu antigo empregador. No primeiro acórdão, o Tribunal anula o julgamento de juízes de apelação que haviam rejeitado o

¹ Soc., 10 de julho de 2002, (3 espécies), *Bull. Civ. V*, No. 239, **A lei turnarounds de trabalho**, Dalloz, 3^e ed., 2004, No. 40-45, p. 174.

² Soc., 10 juillet 2002, (3 espèces), *Bull. civ. V*, n° 239, **Les grands arrêts du droit du travail**, Dalloz, 3e éd., 2004, n° 40-45, p. 174.

pedido de indenização por concorrência com o fundamento de que a cláusula era legal e não incluem consideração, de acordo com acordo coletivo aplicável. Na segunda e terceira decisão, é feita uma votação onde a média é gerada automaticamente pelo Tribunal, são quebradas as decisões dos juízes de primeira instância que condenou os funcionários a pagar uma indenização ao seu empregador por violação da cláusula de não concorrência, em seguida, que não incluía uma indenização compensatória.

Agora, um dos principais julgamentos, descrito entre outras coisas como uma "completa mudança de jurisprudência"³, as decisões tomadas em julho de 2002 atraem a atenção, especialmente em vista da criação *ex nihilo*, da exigência de validade de uma contrapartida financeira⁴ visto combinado do princípio fundamental do livre exercício de uma atividade profissional e o artigo L. 120-2 do Código do Trabalho, segundo o qual "ninguém pode trazer para os direitos dos indivíduos e liberdades individuais e coletivas" restrições que não sejam justificadas pela natureza da tarefa a executar nem proporcionais ao objetivo pretendido".

Denota-se que os direitos do trabalhador beneficiam de uma dupla garantia de jurisdição assegurada no primeiro caso pelo Conselho Constitucional e no segundo pelo juiz ordinário. Estes dois juízes são responsáveis por supervisionar o respeito dos princípios superiores a montante pelo legislador e a jusante pelos atores da empresa. Esta garantia dupla não é sem causar dificuldades. O estudo paralelo da jurisprudência constitucional e social revela reais dificuldades para que os tribunais apreendam os direitos sociais.

Quanto aos indivíduos, na medida em que pertencem à sociedade, a constituição volta-se, de fato, aos que a compõem e participam, em um momento particular da história política, na construção de suas identidades.

Portanto, se o processo social e histórico é aquele de uma sociedade de indivíduos, a questão política será feita pela organização dessa fluidez social, pelo estabelecimento com coerência dessa fluidez para que ela não produza uma

³G.-P. Quétant, «Contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », **Jurisprudence sociale Lamy**, 132/2003, p. 4.

⁴Jusque-là, de jurisprudence constante, la Chambre sociale refusait de soumettre la validité de la clause de non-concurrence à l'existence d'une contrepartie financière, Soc., 20 octobre 1993, *Semaine sociale Lamy*, n° 671, p. 14.

sociedade caótica, pelos instrumentos que permitam construir o espaço comum, pela generalidade dentro dessa sociedade fluida. Ora, essa questão está, hoje, sem resposta. Ou, mais exatamente, as respostas de outrora não “funcionam” mais: Deus, a Nação, o Estado, as classes sociais que deram aos indivíduos um sentimento de pertencimento comum – como a comunhão cristã, a comunhão nacional, a comunhão sócio profissional – não são mais os operadores eficazes do senso comum dos indivíduos.

Nessa configuração histórica, a constituição, tal qual se renovou sob o efeito do controle de constitucionalidade, talvez seja o instrumento comum aos indivíduos pelo qual eles possam se reconhecer nas suas particularidades, nos seus ritmos próprios, mas também nos seus valores compartilhados, os valores constitucionais comuns que Habermas chama de “patriotismo constitucional”.

Contudo, a teoria jurídica do séc. XX é caracterizada, em Matrizes Teórico-Políticas da Teoria jurídica Contemporânea, inicia-se pela tentativa de elaboração de uma racionalidade capaz de transformar o direito em uma ciência. Desta maneira, desde a Teoria Geral do Direito em Bentham à Teoria Pura do Direito de Kelsen, chegando à jurisprudência em Hart, até a Teoria dos Sistemas em Luhmann, procurou-se construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade para o Direito⁵.

Atualmente, a noção de ciência do direito, baseada em critérios sintático-semânticos, tem-se alterado para critérios pragmáticos. Esta trajetória desloca sucessivamente de uma perspectiva estrutural, voltado aos aspectos normativos do direito, até uma perspectiva funcionalista, dirigida as funções sociais do Direito, de um ponto e vista mais teórico até um ponto de vista mais político, permitindo a colocação do problema da democracia.

Entretanto, com a constatação das insuficiências das análises positivistas centradas nas normas, e das perspectivas hermenêuticas e pragmáticas, excessivamente convencionalistas, a teoria dos sistemas de Luhmann, aliada à

⁵ ROCHA, L. S. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**, In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, no. 2 2013, julho-dezembro. (ISSN: 2175-2168), p. 87.

categoria risco e à concepção de democracia de Lefort, pode realizar uma análise mais sofisticada da complexidade social⁶.

Desta forma assistimos a um processo de readaptação imperativa do Direito tradicional, com alto grau de complexidade que responde as contingências sociais que integra o sistema social. Nessa perspectiva, a sistema do Direito se apresenta alguns pressupostos-chave para compreender a presente reflexão na linha de um construtivismo sistêmico, utilizando-se do Direito compreendido como um sistema social autopoietico para dar as bases para qualquer reflexão que se proponha a enfrentar a complexidade social contemporânea.

Segundo Rocha a atitude epistêmica adotada por ele, sugere uma análise voltada a uma investigação dos potenciais críticos de uma possível dialética entre formas de sociedade e Teoria da Ação Comunicativa, que pode ser descrita, da seguinte forma:

- a) Trata-se de pensamentos dirigidos à crítica da sociedade, notadamente a partir da reivindicação, da liberdade de manifestação práxis-discursiva da opinião pública;
- b) Ambas partem do pressuposto de um *a priori* sociocultural do conhecimento e da ação social. Habermas, defendendo uma hermenêutica crítica na qual a capacidade de compreensão provém da inserção do interprete na cultura, e Lefort, desde a sua conhecida influência da fenomenologia de Merleau-Ponty, postulando o necessário envelopamento da obra(política ou literária) pelo *chair* dos processos visíveis-invisíveis que instituem a história;
- c) Insistem na redescoberta dos potenciais questionadores da democracia;
- d) Em suma, pretendem recuperar as potencialidades críticas da filosofia da política e também do direito⁷.

Percebe-se que umas das dificuldades da ontologia habermasiana ocorre devido a sua tese da imanência da linguagem, pelo pressuposto universalista da pragmática discursivo-comunicacional. Contudo Lefort⁸ permite uma maior compreensão da dinâmica social da ação comunicativa, abrindo mais espaços para a rediscussão do Direito e da Democracia. Denota-se que esta proposta hermenêutica parte da tentativa da ideia de democracia como princípio gerador da forma de

⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 83.

⁷ *Ibid.* p. 174.

⁸ LEFORT. Claude. **Les formes de L'histoire**. Paris: Gallimard, 1978. p. 239.

sociedade democrática, conforme propõe Lefort, com a dialética emancipatória da práxis discursiva da ação comunicativa de Habermas⁹.

Assim, assentada a atitude interpretativa, a observância ao sistema deixa de ser mecânica; os sujeitos passam a tentar impor *significado* ao sistema, reestruturando-o à luz desse significado. Daí extrai-se que, se quer compreender o Direito, deve-se adotar a atitude interpretativa ou seja, deve-se admitir que o Direito terá que ter um propósito e construir as normas individuais de acordo com esse propósito¹⁰.

Segundo Lefort a democracia constitui-se enquanto forma política num centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a *mise em forme* de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade, é então, uma questão política¹¹. A política é o que possibilita a delimitação do espaço de auto-instituição do social¹².

Contudo a grande dificuldade clássica da democracia é sua necessidade de conciliar a liberdade com a igualdade, pois a liberdade sempre foi o princípio fundante do liberalismo, e a igualdade do socialismo. Porém, numa dimensão histórica a análise das teorias políticas adquire certa complexidade. A própria teoria liberal foi elaborada em circunstâncias e condições sociais diversas da atualidade, pois se modificam com o contexto histórico. O liberalismo se formou a partir de diferentes fontes: do protestantismo religioso, da materialização do mercado capitalista, etc., determinando suas influências em cada país, engendrando-se, por exemplo, um liberalismo predominante econômico na Inglaterra e político na França.

Nesta maneira, face às profundas deficiências do pensamento liberal e do pensamento marxista perante as questões democráticas, esta crise das sociedades de capitalismo avançado ocorre para Habermas, quando os aspectos sistêmicos, por exemplo, no nosso estudo a técnica dogmática, ao invés de interagirem com a práxis

⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 175.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.56-59.

¹¹ LEFORT. Claude. **Les formes de L'histoire**. Paris: Gallimard, 1978. p. 240.

¹² CASTORIADIS, Cornelius. **Les carrefours de Labyrinthe II: Domaines de L'homme**. Paris: Seuil, 1986.

conflitiva das pretensões do cotidiano, transformam-se numa ideologia de dominação que impede a democratização das falas plurais e indeterminadas¹³.

Portanto, com o aumento da crise na América Latina, gerou uma enorme crise de legitimação, ou seja, a crise do Direito implica uma crise de governabilidade, gerando a irracionalidade da opinião pública. Sendo necessário uma nova cultura política, articulada a partir da ideia de forma de sociedade, realizando uma linha de pesquisa prioritária a ser seguida, pelos juristas, na reelaboração de uma nova cultura política, ou seja, a reavaliação crítica da teoria jurídica e de suas relações com a política, tal como a política como invenção e Direito como espaço decisório de conflitos, em busca de uma emancipação democrática das relações submetidas à dominação tecnológica¹⁴.

No decorrer deste estudo observa-se a evolução da democracia, modalidades como a democracia social e econômica surgiram, trazendo um novo desenho para o ordenamento jurídico e influências claras para o constitucionalismo. Contudo a maturidade político deliberativa da sociedade brasileira está longe de ser completamente eficaz, atualmente é frágil, a estabilidade política e econômica, gerou o aumento da complexidade social, que quando conjugada com o fortalecimento e a redefinição dos papéis de instituições públicas e privadas como o Ministério Público; a Defensoria Pública; as organizações não governamentais; a imprensa e os movimentos sociais.

Inclusive com a criação de um novo espaço público, principalmente o virtual, como: a internet e as redes sociais, que é ao mesmo tempo mundial e local, foi capaz de gerar toda uma gama de novas demandas políticas e sociais além de recuperar e remodelar as antigas demandas, as quais exigem um aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais vigentes¹⁵.

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 184.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança:** movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, o caminho para uma verdadeira democracia deliberativa no Brasil parece ainda estar longe de ser alcançado.

Todos esses fatores exigem uma revolução epistemológica que, rompendo com a departamentalização dos campos de racionalidade dominantes, que isoladamente trabalham a analítica, a hermenêutica e a pragmática, aponte uma perspectiva pragmático-sistêmica. Ou seja, permita a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da linguística¹⁶, ou seja, inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a história. Deste modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito, do que a uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo. A democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção.

Assim, se pretende avançar na construção de uma nova teoria jurídica (interdisciplinar), capaz de ajudar a compreender a complexidade originada pelo surgimento de novos emergentes problemas ecológicos, sociais e culturais que ultrapassam a teoria jurídica tradicional. Neste sentido, a rediscussão do Direito social e a reproblemática do sentido político dos direitos fundamentais no Direito do trabalho se impõem como ponto de partida fundamental, objetivando a participação efetiva da sociedade na sua produção e interpretação, em busca de uma autonomia e de uma pluralidade político-ideológica, a qual privilegia a discussão pública democrática sobre o alcance e o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, contribuindo para a efetiva realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e para a legitimidade democrática do Estado brasileiro.

Portando, se os indivíduos tornaram-se fluidos, a constituição é o texto que os impede de flutuar, pois lhes dá um ponto fixo no qual todas as suas atividades podem ser articuladas, uma vez que é por meio delas que as suas experiências de vida encontram forma e figura comum. O ser humano é plural; ele é parente de aluno, automobilista, pedestre, marido, pai, músico... Sem os valores constitucionais, cada

¹⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

uma dessas experiências de vida se desenrola de maneira autônoma, compartimentada e “primária”; com os valores constitucionais, as experiências são religadas pela figura do cidadão. Isso se traduz nas expressões “ter um comportamento cidadão” em seu modo de consumir, de agir, de trabalhar, de continuar lutando por transformações econômicas e sociais mais abrangentes e profundas, (normatividade da liberdade de trabalho da constituição da Reforma Trabalhista, a reorganização patronal e dos sindicatos na questão concorrencial da democracia), que estão na base das possibilidades contemporâneas de mudança social. Em outras palavras, a figura do cidadão que constrói os valores constitucionais difunde a soberania democrática em todas as atividades sociais, não somente em sua atividade como eleitor¹⁷.

No momento em que o Estado, enquanto programador do Direito deixa de ser o centro de organização da política e deixa de ser o fundamento único de validade da lei, o Judiciário, em vez de simplesmente aplicar a norma jurídica, ou seja, a programação condicional que caracteriza um sistema fechado. A legislação necessita recorrer às fundamentações extras estatais e tomando decisões de outro tipo, que é através da programação finalística que caracteriza um sistema aberto¹⁸. Neste sentido, no momento que a normatividade do Direito de ambiental passa a ter que cumprir com sua função social, ela passa a ser um princípio organizador da sociedade, produzindo outra comunicação, outro sentido, que pode acoplar três sistemas (Jurídico, Político e Econômico). Entre estes cabe ao sistema Jurídico, por meio de decisões, regular os conflitos e, através destes, formar decisões, auto referenciais que reafirmem o sistema, todavia estas auto referências, muitas vezes sobrepõe normas sobre outras, fazendo com que algumas expectativas normativas restem frustradas, não se aplicando em certos casos. A complexidade da produção de sentido do Direito como paradoxo torna-se, assim, uma condição para a observação da comunicação do Direito, uma vez que esta constitui a capacidade da linguagem e da evolução social.

O motivo quem seja a evolução dele é a sobrevivência a complexidade, que cria constantemente novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, há o incremento dela. Com o direito constitucional, isso não foi diferente, especialmente se pensarmos na diferenciação funcional do direito até chegarmos ao direito ambiental. Portanto, a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio entorno. “Não existe uma gente externo que

¹⁷ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁸ ROCHA, Leonel Severo, Schwartz, Germano, Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

modifica, é o próprio sistema que por uma questão de sobrevivência no ambiente realiza essa diferenciação”¹⁹.

Trata-se de entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens transnacionais e ordens estatais dificilmente se apresentam de forma isolada, ocorre, em regra, com uma pluralidade de ordens de tipos diferentes: estatais; internacionais; supranacionais e locais²⁰.

Entretanto, isso não decorre necessariamente de um processo de internacionalização das ordens nacionais, senão de um extenso e mais profundo *processo de transformação* da cultura constitucional, que, por sua vez, define o projeto de sociedade que se pretende viabilizar ou que deve ser viabilizado pelas formas políticas e jurídicas²¹.

Situada a questão nesses termos, é possível reconhecer que ao Estado e a cada um de nós foi atribuído, pela ordem constitucional atual, um conjunto de deveres perante a humanidade. Esses deveres resultam em consequências que não conhecem limites geográficos ou fronteiras políticas, muito embora ainda decorram de decisões governamentais certamente influenciadas por fatores menos jurídicos que políticos, especialmente os de índole econômica.

É premente que se saiba que os Estados nacionais são agora formações influenciadas e integradas na estrutura de uma ordem jurídica que deixa de ser nacional, e que também não pode ser compreendida como internacional, senão como uma ordem verdadeiramente global²². Esta tem sua organização baseada em uma estrutura de redes, que não contempla a autonomia de padrões, referências morais ou culturais e procura atingir seus objetivos a partir da consideração das contradições, das divergências e das diferenças²³.

Segundo Thornhill, pesquisa sobre a constituição da sociedade global, por enquanto, há apenas limitado acordo a respeito as características exatas da Constituição global. No entanto, uma gama diversificada de perspectivas teóricas convergem em relação as transformação de direito constitucional global como um objeto de pesquisa²⁴.

Por um lado, agora existe um vasto corpo de investigação qual alega que a constituição da sociedade global se desenvolveu através do reforço do direito internacional e é determinada, principalmente, pelo fato de que o direito internacional restringe a abstrata

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Julia F. N. O; OLIVEIRA, Bianca N. de. **Afetividade no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2018. p.91.

²⁰ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 235.

²¹ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 36-39.

²² DUPUY, René-Jean. **La Cloture du Système International**: La Cité Terrestre. Paris: PUF, 1989. p. 115.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130-134.

²⁴ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure**. Cambridge University Press. 2016.

soberania nacional como os Estados-Membros. Nesta conta, a constitucionalidade da lei internacional é manifestar particularmente no fato de que certas leis internacionais, especialmente no que respeitam às normas de direitos humanos contidas no poderoso internacional convenções, tem poderosa força obrigatória para todos os intervenientes a domínio global. Isto é levado a dizer que, em suas atividades externas, Estados nacionais posicionarem-se como sujeitos dentro de um internacional hierarquia das normas legais e seu soberano atos estão vinculados pela jurisdição dos tribunais internacionais poderosos. Isto é levado a dizer que normas legais definidas pelas organizações e tribunais internacionais penetram profundamente nos sistemas jurídicos nacionais, para que, em suas funções internas²⁵.

Nesse sentido, o método do transconstitucionalismo, importa na dupla contingência entre diversas ordens jurídicas, sobretudo entre os tribunais; isto na relação de observação recíproca entre os polos ego (eu, ou seja, a ordem jurídica interna) e alter (o outro, sendo as ordens jurídicas externas), na interação não só de pessoas, mas também de sistemas sociais; é um olhar pelo outro, saindo de sua zona de conforto e visualizado a problemática sobre um novo foco²⁶.

O problema (da negação) do reconhecimento põe-se precisamente quando um dos polos, na relação de observação recíproca entre ego e alter, não se dispõe a suportar a liberdade do outro, tanto porque não considera o seu comportamento como ação (pois não poderia ser diverso do comportamento projetado por *ego*) quanto porque não leva a sério a não identidade de sua perspectiva²⁷.

Contudo, através da alegação generalizada de que o direito internacional dos direitos humanos é capaz, de potencialmente, assumir o direto no seio das sociedades nacionais, tendo em vista a colocação individual dos sujeitos nas sociedades nacionais em uma relação imediata com as normas legais promovido a nível supranacional. Esta construção, dos direitos humanos atuam como fontes eficazes para o direito constitucional global e cada vez mais garantem que todos os atos, tanto vertical entre pessoas e Estados nacionais e horizontal entre agentes único na sociedade nacional, são regulados por nacionalmente e justiciáveis normas de procedência internacional²⁸.

Por outro lado, agora também existe um corpo de literatura que examina os padrões globais de constitucionalidade de uma forma mais pluralista, sociológica perspectiva e que

²⁵ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure.** Cambridge University Press. 2016.

²⁶ NEVES, M. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 270.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure.** Cambridge University Press. 2016.

encara a ordem constitucional emergente da sociedade global como um formulário produzido por contingentes interações legais. Seguir esta interpretação, a sociedade contemporânea é capaz de gerar normas constitucionais altamente contingentes, e de normas constitucionais, que de fato muitas vezes resultam de processos lentos de adaptação legal²⁹.

Além disso, será analisado decisões na França, referente ao sistema do direito de greve e liberdade de associação. Afinal que liberdade legislativa passa regular o social? Apesar das ligações entre os dois princípios, as questões levantadas pelo seu planejamento legislativo diferem bastante. Vamos estudá-los sucessivamente. As decisões mais recentes, relativas a três leis adotadas entre 2007 e 2012, não permitiram especificar ainda mais a base do serviço mínimo, porque os textos em questão não o estabeleceram, apesar da apresentação da mídia que muitas vezes foi feito. Os regimes em causa abrangiam, respectivamente, transportes regulares de passageiros, jardins de infância e escolas elementares de passageiros e, por último, empresas de transporte aéreo de passageiros. Se não houver espaço suficiente para apresentá-los em detalhes, vamos nos lembrar de seus principais pontos comuns. Primeiro, desenvolvem uma abordagem preventiva, impondo (exceto no transporte aéreo, onde permanece uma faculdade) uma negociação pré-greve. em seguida o período máximo entre a declaração de intenção de greve e sua eventual liberação é aumentado para 13 dias.

Finalmente, para permitir que o empregador organize e reduza o impacto do movimento no serviço ao usuário / cliente no transporte, ou organize a recepção de estudantes por agentes municipais nas escolas, alguns funcionários³⁰ deve declarar sua intenção de participar com 48 horas de antecedência. Deve ser lembrado que apenas a lei de 2012 se refere apenas à interrupção do trabalho após uma greve e que é também o único dos três a não se referir apenas aos serviços públicos.

Nas decisões de 2007 e 2008, o Conselho Constitucional validou o atraso máximo de 13 dias antes de uma greve ser chamada, tendo em conta a obrigação de

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Trata-se, em suma, de pessoal cuja presença determina diretamente a oferta de serviços para a lei de 2007 e aqueles cuja ausência é suscetível de afetar diretamente a conclusão dos voos para a lei de 2012. Por outro lado, a obrigação de declaração prévia prevista pela lei de 2008 refere-se, obviamente, a "qualquer pessoa que exerça funções docentes num jardim de infância ou escola primária pública".

negociação prévia. Ele observou que era uma questão de dar tempo para uma negociação eficaz, por um lado, e em caso de falha, de modo que a autoridade administrativa é organizada, por outro lado³¹. Mais delicada foi, sem dúvida, a obrigação de declaração prévia ao empregador. Temia-se que isso abrisse as portas para pressionar os futuros grevistas. No entanto, nas decisões de 2007 e 2012, o Conselho validou esta afirmando que não diz respeito a todo o pessoal e que as sanções que podem acompanhar o seu desconhecimento não afetam a legalidade do a greve³². Ele ressaltou que essa obrigação de declaração prévia "não impede que um funcionário participe de uma greve já iniciada e da qual inicialmente não pretendia participar, ou da qual teria deixado de participar, assim que ele informar seu empregador com pelo menos 48 horas de antecedência "³³. Sem formalmente constituir uma reserva, este esclarecimento foi importante porque indica a interpretação da lei que é a mais respeitosa da liberdade de escolha do trabalhador. De acordo com a Lei de 2007, a RATP adotou um texto que, ao contrário, teve o efeito de obrigar seus funcionários a escolher entre participar ou não de um movimento desde o início; o Conselho de Estado, portanto, cancelada³⁴.

No final, apesar dos protestos levantados, as três leis foram validadas. Sua ambiguidade é que eles afirmam reduzir o incômodo das greves, o que constitui seu próprio princípio. Sendo esse o caso, o efeito da exibição política sendo descartados, eles contêm apenas ajustes medidos para o exercício concreto do direito de greve. O desejo de promover a negociação, que deve ter um mínimo de tempo, incute um elemento de consenso em uma paisagem francesa considerada altamente conflituosa. Nisto, um estava no centro da escolha legislativa de um modelo de regulação do social, sem atacar os direitos constitucionais. A questão dessa escolha se reflete no desenvolvimento da liberdade de associação.

³¹ Cons. Const., 16 de agosto de 2007, n ° 2007-556 DC, supra, contras. 11; Cons. Const., 7 de agosto de 2008, n ° 2008-569 DC, supra, contras. 9.

³² Cons. Const., 16 de agosto de 2007, n ° 2007-556 DC, supra, contras. 29; Cons. Const., 15 de março de 2012, n ° 2012-650 DC, *Lei sobre a Organização do Serviço de Passageiros de Companhias Aéreas de Passageiros e Informações*, Cons. 7 e 9.

³³ Cons. Const., 16 de agosto de 2007, n ° 2007-556 DC, supra, contras. 29; Cons. Const., 15 de março de 2012, n ° 2012-650 DC, supra, contras. 9.

³⁴ CE, 19 de maio de 2008, *Syndicat Sud-RATP*, publicado.

Com relação ao desenvolvimento decisão de liberdade de associação na França. Percebe-se que, a maioria das decisões aqui diz respeito às condições e limites do exercício da atividade sindical, o aspecto coletivo da liberdade. Os sindicatos estão no centro da social-democracia; Uma de suas funções decisivas é participar da negociação coletiva, que é seu modo preferido de expressão. Graças às reformas dos últimos anos, o parágrafo 6 do Preâmbulo de 1946 tem sido freqüentemente invocado e aplicado em conjunto com o parágrafo 8 sobre o princípio da participação na determinação coletiva das condições de trabalho. Numa decisão de 1996, o Conselho Constitucional considerou que estas duas disposições conferem às organizações sindicais uma vocação natural para garantir³⁵. Sem consagrar o monopólio sindical nesta matéria, ele admitiu a participação na negociação de empregados eleitos ou mandatados, que estava prevista no texto, somente se "a sua intervenção não tem nem o objeto nem o efeito de organizações representativas"³⁶.

Mais recentemente, os QPCs permitiram que o Supremo Tribunal decidisse sobre certos aspectos do novo sistema de representatividade introduzido pela lei de 20 de agosto de 2008 sobre a renovação da social-democracia. Argumentou que a definição de critérios de representatividade sindical é uma forma de implementar o direito dos trabalhadores de participar. Em seguida, ela validou o princípio da representatividade com base principalmente nos resultados das eleições profissionais, ressaltando que "a liberdade de se unir à união de uma escolha não exige que todos os sindicatos sejam reconhecidos como representativos, independentemente de sua audiência"³⁷. A decisão finalmente valida o limite de 10% dos votos expressos. Duas observações podem ser feitas. Quanto ao próprio princípio de sindicatos representativos a que está reservado o exercício de certas prerrogativas³⁸, parece compatível com o n.º 6, uma vez que todos os sindicatos mantêm defesas adequadas aos direitos e interesses dos trabalhadores. Quanto aos

³⁵ Cons. Const., 06 de novembro de 1996, n.º 96-383 DC, *Negociação Coletiva*, Cons. 8.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Cons. const., 7 de outubro de 2010, n.º 2010-42 QPC, prev. , contras 6. Veja também Cons. const., 2010-63 / 64/65 QPC, 12 de novembro de 2010, *CFTC Federação Nacional dos Sindicatos Metalúrgicos*.

³⁸ Cons. const., 7 de outubro de 2010, n.º 2010-42 QPC, prev. , contras 6. Veja também Cons. const., 2010-63 / 64/65 QPC, 12 de novembro de 2010, *CFTC Federação Nacional dos Sindicatos Metalúrgicos*.

critérios de representatividade, eles parecem estar amplamente dentro do poder discricionário da legislatura, exceto violar flagrantemente um princípio constitucional³⁹.

Outra área de contenção diz respeito à proteção dos representantes sindicais e dos representantes eleitos do pessoal, uma proteção que, já em 1988, era "derivada de requisitos constitucionais"⁴⁰. Em uma decisão de 2011, argumentou-se que as disposições sobre a reorientação dos funcionários públicos, uma posição que pode levar a demissão ou aposentadoria, eram inconsistentes com esses requisitos. Na verdade, funcionários com funções representativas, sindicalizadas ou não, podem ser colocados em tal posição sem o texto que prevê uma garantia específica. O Conselho rejeitou a acusação de violação da liberdade de associação ou do princípio da participação no terreno essencialmente que existe uma proteção estatutária dos funcionários de que gozam aqueles que têm uma função representativa⁴¹. No entanto, se a proteção dos funcionários sindicais é uma obrigação decorrente de requisitos constitucionais - parágrafo 6 -, cabe ao legislador estabelecer os princípios gerais de tal proteção, como fez com os empregados legítimos. privado⁴². O raciocínio, que também rejeita a queixa de falta de competência, parece-me, portanto, pouco convincente.

A decisão de 2012 sobre os funcionários protegidos sob um mandato fora da empresa leva a uma solução mais satisfatória. O Conselho expressa uma reserva que

³⁹O Conselho Constitucional validou noutras decisões disposições que reservam certas prerrogativas a sindicatos representativos: possibilidade de oposição a acordos entre a segurança social e as profissões da saúde (Cons Const., 19 de novembro de 2010, n. ° 2010-68 QPC, prev.), ou apresentação monopólio das listas de candidatos para a eleição de membros de sindicatos regionais dos profissionais de saúde (Cons. const., 14 de dezembro de 2006, n. ° 2006-544 DC, *Lei Financiamento da Segurança Social para 2007*, 28).

⁴⁰ Contrás Const., 20 de julho de 1988, n. ° 88-244 DC, *Lei da Anistia*, Cons. 24.

⁴¹ Cons. const., 17 de junho de 2011, n. ° 2011-134 QPC, *União Geral dos Servidores Públicos CGT e a.*, cons. 15 e contras 18.

⁴² O argumento foi, aliás, invocado na remessa, alegando uma violação da igualdade. O Conselho considera que as duas categorias de trabalhadores se encontram em situações diferentes e rejeita a queixa (ponto 21). Aqui encontramos uma justificativa estereotipada e formal para diferenças no tratamento. Por um lado, os funcionários de direito privado e funcionários públicos são presumidos em situações diferentes. Por outro lado, o Conselho limita-se a encontrar esta diferença de situação, ao passo que o seu considerando de princípio sobre a igualdade exige que se garanta que a diferença de tratamento instituída está em relação com a diferença. objeto da lei.

o empregado não pode "reivindicar tal proteção quando é estabelecido que ele não informou seu empregador o mais tardar durante a entrevista antes da demissão"⁴³.

Essa posição preserva a proteção do funcionário, sem sobrecarregar o empregador. A questão da conciliação da liberdade de associação com os direitos do empregador ou de terceiros é encontrada em outros casos⁴⁴. Uma delas data de 1989. O Conselho expressou fortes reservas a respeito, de modo que a possibilidade de um sindicato processar a um empregado, sem um mandato expresso do empregado, não infringe sua liberdade pessoal⁴⁵. Pode-se também citar uma decisão de 2013, na qual se valida a disposição subordinada a um acordo de empresa, a definição das condições sob as quais publicações e panfletos de sindicatos podem ser disponibilizados em um site sindical montado intranet da empresa, seja transmitindo para o e-mail da empresa. Na falta de acordo, de acordo com o juiz, os sindicatos mantêm a possibilidade de divulgar livremente informações sobre as redes de comunicação para o público on-line, e os funcionários para encontrar essas informações ⁴⁶. Além disso, em caso de acordo, a divulgação de informações sindicais deve ser compatível com as exigências do bom funcionamento da rede de computadores da empresa, não deve prejudicar o desempenho do trabalho, e deve preservar a liberdade de escolha funcionários aceitar ou rejeitar uma mensagem. A decisão conclui que a conciliação entre a liberdade de comunicação dos sindicatos e a liberdade do empregador e dos empregados não é "manifestamente desequilibrada"⁴⁷. Sobre esta delicada e complexa questão da utilização das TIC na ação sindical⁴⁸. Portanto, o Supremo Tribunal optou pela prudência. Embora seja de lamentar que não contenha certos elementos concretos em detrimento da disposição⁴⁹, não é certo que os ter em conta tenham inclinado a balança para o lado

⁴³ Cons. 12.

⁴⁴ Cons. const., 14 de maio de 2012, n.º 2012-242 QPC, *Associação Vida tempo*, contras. 10.

⁴⁵ Cons. Const., 25 de julho de 1989, n.º 89-257 DC, *Prevenção de Despedimentos*, Cons. 26.

⁴⁶ Cons. 5.

⁴⁷ Cons. 7.

⁴⁸ Ver, em especial, as reflexões do professor J.-E. Ray, "Razoável e responsável. Sobre a decisão do Conselho Constitucional de 27 de setembro de 2013" *Lamy Social Week*, 2013, No. 1600, pp. 2-3.

⁴⁹ Veja ICARD. "**Comunicação Eletrônica**: questão constitucional, *JCP S*, No. 48, 2013, 1457. Entre os elementos identificados por este autor, destaca "o pequeno número de acordos sobre o assunto (o qual) atesta empiricamente a restrição que a lei organiza "ou, como uma objeção ao considerando 6 da decisão, o fato de que" a organização e a manutenção de um site sindical externo oferecem faculdades semelhante aos sindicatos, mas envolve meios que só podem ser oferecidos a sindicatos suficientemente ricos".

da inconstitucionalidade. De fato, fomentar a ação coletiva não pode ser feito em detrimento de outras liberdades; liberdade do empregador e liberdade dos trabalhadores, que o Conselho visa sem mais precisão, mas que também pode ser entendida aqui como sua liberdade negativa de associação.

Este caso sobre comunicação eletrônica serve como um lembrete de que os direitos coletivos de ação dos trabalhadores são exercidos em um contexto de grandes mudanças, não apenas técnicas, mas também econômicas. Exibindo essas mudanças, o professor Supiot as chamou de "revisitar"⁵⁰ Em um artigo final, a peculiaridade desses direitos nos parece residir neste contexto de exercício e na conflitualidade subjacente, e não em sua própria natureza. Cabe ao Conselho Constitucional garantir o direito à greve e à liberdade de associação todas as garantias inerentes à sua inclusão no texto fundamental, sem impedir a possibilidade de o legislador alterar a sua implementação de acordo com a lei. As decisões recentes que validam a obrigação de negociar antes do lançamento de uma greve, ou os novos critérios de representatividade sindical, mostram uma considerável margem de apreciação para o fazer. Alguns podem ter desapontado. No conjunto, porém, a jurisprudência do Conselho Constitucional parece revelar-nos uma verdadeira protecção interna dos direitos de acção colectiva, num contexto internacional muito mais incerto. Por exemplo, uma vez que apenas a liberdade sindical está expressamente consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal de Estrasburgo acaba de se recusar a fazer com que o direito de constituir um elemento essencial desta liberdade⁵¹, ao contrário do que havia anteriormente afirmado para o direito à negociação coletiva. No caso em apreço, considerou também que a proibição do Reino Unido às greves de solidariedade não violou o artigo 11.^o Tounou-se um desafio futuro será, portanto, importante encontrar novas formas de expressão da ação coletiva dos trabalhadores, respeitando os direitos dos outros, e salvaguardando sua eficácia.

⁵⁰ SUPIOT, A. **Revisitando os direitos da ação coletiva**. Dr. soc ., 2001, p. 687.

⁵¹ CEDH, 8 de abril de 2014, n.º 31045/10, **União Nacional dos Trabalhadores Ferroviários, Marítimos e dos Transportes**, v. Reino Unido, § 84: observa, no entanto, que resulta de suas decisões anteriores que a greve está "claramente protegida pelo Artigo 11".

Por outro lado, a Reforma Trabalhista, que introduziu várias alterações na CLT através da lei 13.467/2017, tem provocado muitas discussões, contrariedades, apoio e críticas, não havendo ainda um consenso sobre seu alcance e aplicabilidade. Aos poucos, decisões judiciais vão fixando entendimentos de 1º e 2º grau, de forma que abaixo serão mencionados algumas para acompanhamento na evolução da matéria. Vejamos:

Figura 10 - Exemplos da realidade trabalhista brasileira:

The infographic is divided into two main sections. The top section, titled "COMO FICA A JURISPRUDÊNCIA DO TST?", features a yellow speech bubble icon. It contains a text box stating: "As novidades no direito material introduzidas pela Reforma Trabalhista serão discutidas caso a caso". To the right, it explains that only after the judgment of "vários casos semelhantes" can they be "editadas, revistas ou canceladas". Below this are three yellow buttons: "súmulas", "precedentes normativos", and "orientações jurisprudenciais". The bottom section, titled "QUAIS SÃO OS QUESTIONAMENTOS?", contains a text box stating: "Tramitam no Supremo Tribunal Federal 19 ações acerca da constitucionalidade de dispositivos da Reforma Trabalhista".

52

No que tange a Justiça Gratuita e os honorários periciais, quem recebe o benefício da gratuidade judiciária, fica suspenso de pagar custas e honorários sucumbenciais, para auferir o respectivo benefício deve o empregado receber até o

⁵² Notícias do TST. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445> Acesso em: 05 janeiro de 2019.

valor de 40% do teto da Previdência Social, nos termos do art. 790, §3º da CLT, além disso, caso sucumbente em algum pedido deve arcar com o pagamento sucumbencial a parte contrária, desde que exista crédito trabalhista para tanto, podendo ser cobrado no prazo de até dois anos nos moldes do art. 791-A, § 4º. No caso de ocorrência de perícia, segue a mesma regra e prazo para seu pagamento, conforme art. 790-B, §4º da CLT, devendo o parte sucumbente efetuar o pagamento nos termos do art. 790-B⁵³.

As demandas judiciais ajuizadas antes da vigência da Lei 13.467/2017, condizente a reforma trabalhista, não serão prejudicadas com lei em vigor, tendo em vista que são momentos processuais distintos, aplicando-se o princípio do “tempus regit actum”:

Quem entrou com uma reclamação na Justiça do Trabalho antes de novembro do ano passado e perdeu a ação já depois da entrada em vigor da Reforma Trabalhista está sujeito à nova regra que obriga o perdedor a pagar honorários ao advogado da parte vencedora? Não, segundo a cúpula da Justiça do Trabalho.

A Instrução Normativa 41, uma resolução publicada no dia 21 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) traz parâmetros de decisão para dar fim à insegurança jurídica que se instalou desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

“A iniciativa do TST teve o objetivo de garantir estabilidade nas relações jurídicas processuais, embora não possua caráter vinculante e não obrigue os demais órgãos do Judiciário Trabalhista”⁵⁴

Colaciona-se jurisprudência quanto aos honorários advocatícios e periciais:

ZAFFARI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. RECLAMAÇÃO ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. As disposições da Lei n.º 13.467/2017, relativas aos efeitos da justiça gratuita e responsabilidade do reclamante por honorários periciais e advocatícios não se aplicam à demanda ajuizada antes da vigência da referida lei. Aplicação da Instrução Normativa n.º 41 do TST. Recurso do reclamante a que se dá

⁵³ CASSAR, Vólia Bomfim. **CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método. 3ª ed., 2018.

⁵⁴ PATI, Camila . **TST já resolveu estas polêmicas da Reforma Trabalhista, mas poucos sabem**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/tst-ja-resolveu-estas-polemicas-da-reforma-trabalhista-mas-poucos-sabem/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

provimento para afastar sua responsabilidade pelos honorários periciais e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais⁵⁵.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. Caso em que o ajuizamento da ação, a realização das perícias e a prolação da sentença são precedentes ao advento da Lei n.º 13.467/2017, motivo pelo qual não se cogita de incidência do disposto no *caput* do artigo 790-B da CLT após a modificação legal, o qual atribui ao autor a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais se sucumbente no objeto da perícia, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Assim, considerando que ao autor foi deferido o benefício da assistência judiciária gratuita, fica dispensado do pagamento dos honorários periciais. Recurso a que se dá provimento para dispensar o reclamante do pagamento dos honorários periciais em razão do benefício da justiça gratuita, determinando que sejam satisfeitos pela União, na forma da Resolução n.º 66/2010 do CSJT e Provimento n.º 08/2013 deste Tribunal⁵⁶.

Quanto ao instituto da prescrição intercorrente, a reforma trabalhista passou a rever esse assunto, conforme art. 11-A da CLT, tendo em vista a existência de controvérsias entre as Súmulas 114 do TST e 327 do STF, esclarecendo que quando a pessoa se mantém inerte de exigir seu direito pelo prazo de dois anos, extingue o direito de exigência do crédito do exequente e por consequência, extingue a execução, todavia, a referida prescrição deve ser aplicada apenas nos processos que passaram a ser ajuizados após a vigência da reforma trabalhista⁵⁷.

Nessa linha, o Egrégio Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, assim reconheceu:

AGRAVO DE PETIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LEI N.º 13.467/2017 . Embora a Lei n.º 13.467/2017 tenha introduzido disposição expressa em na CLT, por meio da inclusão do art. 11-A, autorizando o reconhecimento da prescrição intercorrente no processo do trabalho (" Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos "), ela passou a vigorar somente a partir de 11 de novembro de 2017, data em que se inicia o cômputo do lapso temporal da prescrição. Dado provimento ao Agravo de Petição para afastar a prescrição reconhecida na origem, dando-se prosseguimento à execução⁵⁸.

⁵⁵ TRT/4, Recurso Ordinário, Processo n.º 0020960-19.2017.5.04.0333, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Fabiano Holz Beserra. Julgado em: 18/10/2018.

⁵⁶ TRT/4, Recurso Ordinário, Processo n.º 0021529-63.2015.5.04.0406, Órgão Julgador: 10ª Turma, Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Julgado em: 28/05/2018.

⁵⁷ PATI, Camila . *TST já resolveu estas polêmicas da Reforma Trabalhista, mas poucos sabem*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/tst-ja-resolveu-estas-polemicas-da-reforma-trabalhista-mas-poucos-sabem/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁵⁸ TRT/4, Agravo de Petição, Processo n.º 0014100-46.1999.5.04.0005, Órgão Julgador: Seção Especializada em Execução, Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, Julgado em: 01/06/2018.

Outra inovação legislativa foi à condenação ao Reclamante ao pagamento de custas processuais caso não compareça a primeira audiência designada pela justiça do trabalho, ainda que beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, com amparo no art. 844, §2º da CLT, não devendo ser condenado apenas se comprovado no prazo de quinze dias, que não pode estar presente por motivo legalmente justificável⁵⁹.

O entendimento dos tribunais tem prevalecido no sentido de que o pagamento das custas judiciais devem ser pagas apenas nos processos ajuizados após a vigência da reforma trabalhista:

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS. Processo iniciado antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, inaplicável o art. 844, §2º da CLT, de forma que, reconhecido o benefício da justiça gratuita, fica o autor isento do recolhimento das custas processuais⁶⁰.

Referente ao assunto de imposto sindical, este se tornou facultativo, gerando enfraquecimento dos sindicatos, devendo ser expressamente autorizado seus descontos para continuar efetuando os abatimentos permitidos anteriormente a reforma trabalhista, trazendo benefícios aos trabalhadores, uma vez que

O sindicato é uma entidade de representação, devendo ser sustentado pelas contribuições voluntárias de seus associados. A reforma trabalhista constitui, assim, um importante avanço, resgatando o caráter de órgão de representação dos sindicatos. Muitas distorções, também político-eleitorais, provinham desse desconto compulsório no salário do trabalhador em benefício dos sindicatos⁶¹.

Colaciona-se o entendimento jurisprudencial:

MANDADO DE SEGURANÇA. REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017). CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE DESCONTO POR ASSEMBLEIA GERAL. Caso em que, declarada pelo STF a constitucionalidade das alterações na matéria promovidas pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que tornaram a contribuição sindical

⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista*. São Paulo: Método. 3ª ed., 2018.

⁶⁰ TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0020094-56.2017.5.04.0027, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relatora: Beatriz Renck, Julgado em: 02/08/2018.

⁶¹ ROMANO, Rogério Tadeu. **Contribuição sindical**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5476, 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67263>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

facultativa, não foi promovida assembleia geral de toda a categoria profissional, inclusive não sócios, com edital prévio e convocação específica para tanto, de modo a expressamente permitir a arrecadação da contribuição sindical. Diante do não atendimento do requisito da autorização prévia previsto em inúmeras passagens da CLT reformada, é indevido o desconto em folha do chamado "imposto sindical".⁶²

No que concerne ao Intervalo Interjornada, a reforma trabalhista passou a expor no art. 71, § 4º que apenas o período suprimido deve ser pago, com acréscimo de 50% do valor da remuneração da hora normal laborada, possuindo o respectivo valor natureza indenizatória, ou seja, não há incidência nos reflexos salariais, diferentemente de como era antes da reforma, que previa o pagamento do respectivo intervalo na integralidade, mesmo que concedido parcialmente, assim como possuía natureza salarial, com a incidência em seus atinentes reflexos⁶³.

Todavia, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, não tem adotado a normatização da CLT referente ao tema, ao invés disso, tem aplicado a Súm. 437 do TST, onde expõe que o pagamento deve ocorrer na forma integral. Colaciona-se o referido entendimento:

INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO CONCESSÃO. O intervalo intrajornada não concedido, ou concedido de forma parcial, gera o direito à remuneração da hora integral, acrescida do adicional de trabalho extraordinário, pois esse é o entendimento vertido na Súmula nº 437, I, do TST ⁶⁴.

Outro fator preponderantemente que deve ser observado em níveis processuais pelo operador do direito após a reforma trabalhista, é que os pedidos judiciais devem ser líquidos e certos, esse é o estabelecido pelo art. 840, §1º da CLT, não necessitando que os valores sejam efetuados corretamente e nem mesmo que seja apresentado planilha de cálculos, tendo em vista que é apenas uma estimativa

⁶² TRT/4, Mandado de Segurança, Processo nº 0020533-17.2018.5.04.0000, Órgão Julgador: 1ª Seção de Dissídios Individuais, Relator: Fabiano Holz Beserra, Julgado em: 23/07/2018.

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método. 3ª ed., 2018.

⁶⁴ TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0021161-22.2017.5.04.0103, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relator: Raul Zoratto Sanvicente, Julgado em: 27/09/2018.

do valor devido, todavia, deve obrigatoriamente ser feito, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito⁶⁵.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região já reconheceu a aplicação do instituto da liquidação dos valores e do pedido certo e determinado, bem como salientou que deve ser oportunizado ao Reclamante emendar a inicial caso não cumpra com o exposto pelo art. 840, §1º da CLT, para só então extinguir a demanda sem resolução de mérito.

EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS VALORES DOS PEDIDOS. NÃO OPORTUNIZADA A EMENDA. NULIDADE. A ausência de indicação de valor certo e determinado dos pedidos da inicial contraria o disposto no art. 840, § 1º, da CLT, alterado pela Lei nº 13.467/2017. Porém, não é possível ao juiz extinguir o feito, sem resolução do mérito, antes de determinar que haja emenda da inicial, merecendo reforma a decisão de origem que extinguiu o processo sem resolução do mérito. Inteligência da Súmula nº 263 do TST e do artigo 321 do CPC⁶⁶.

Quanto ao instituto da má-fé processual, o art. 793-C da CLT prevê que o litigante de má-fé deve ser condenado ao pagamento de multa superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, devendo ainda indenizar a parte contrária pelos danos que padecer, devendo inclusive arcar com os honorários advocatícios, assim como com as despesas efetuadas⁶⁷.

Nesse entendimento, o art. 793-B da CLT especifica o que é considerado má-fé:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;

⁶⁵ PATI, Camila . **TST já resolveu estas polêmicas da Reforma Trabalhista, mas poucos sabem.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/tst-ja-resolveu-estas-polemicas-da-reforma-trabalhista-mas-poucos-sabem/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁶⁶ TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0020339-25.2018.5.04.0741, Órgão Julgador: 9ª Turma, Relatora: Lucia Ehrenbrink, Julgado em: 29/10/2018.

⁶⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista.** São Paulo: Método. 3ª ed., 2018.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.⁶⁸

O advogado da parte condenada por litigância de má-fé, não deve ser condenado em conjunto com o seu cliente, devendo ser apurada sua responsabilidade no Órgão de Classe correspondente, ou seja, na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADVOGADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Exclui-se da condenação a responsabilidade solidária de advogado pelo pagamento da multa por litigância de má-fé, uma vez que esta sujeita-se à observância do devido processo legal, em ação própria. Recurso provido parcialmente⁶⁹

Colaciona-se parte da Sentença que reconheceu a litigância de má-fé no tribunal de São Paulo/SP “Arbitro no percentual de 2,00% sobre o valor corrigido da causa a multa por litigar com má-fé, pela autora, em favor das reclamadas”⁷⁰.

A partir do estudo destas recentes decisões, denota-se que o Direitos Humanos estão entrelaçados com as recentes Reformas Trabalhistas, tanto na França, quanto no Brasil. Nesse sentido, em 1944, os delegados da Conferência Internacional do Trabalho adotaram a Declaração de Filadélfia que, como anexo à sua Constituição, representa, desde então, a carta de princípios e objetivos da OIT. Esta Declaração serviu de referência para a adoção da Carta das Nações Unidas (1946) e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Dentre os traços fundamentais do “espírito de Filadélfia”, destaca-se a proclamação da dignidade humana como predicamento inerente a todos os membros da família e base da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A dignidade foi erigida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem como princípio fundador da ordem jurídica, que sustenta todos os princípios e direitos fundamentais. Nesse contexto, o princípio da dignidade obriga a ligar os imperativos da liberdade e da segurança, não só a segurança física, mas segurança econômica suficiente para liberar os seres

⁶⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 jan. 2018.

⁶⁹ TRT-1, Recurso Ordinário: 00111433720155010024 RJ, Data de Julgamento: 23/08/2016, Órgão Julgador: Nona Turma, Data de Publicação: 12/09/2016.

⁷⁰ TRT-2, Sentença. Processo nº 1000792.72.2017.5.02.0708. Órgão Julgador: 21ª Vara do Trabalho, Juíza: Brígida Della Rocca Costa. Julgado em: 04/12/2018.

humanos do terror e da miséria. Porém, como atesta Alain SUPIOT, é a perspectiva inversa que preside o atual processo de globalização: o objetivo de justiça social foi substituído pelo da livre circulação de capitais e mercadorias, e a hierarquia de meios e fins foi derrubada. Em lugar de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências das finanças, e tratam-se os homens como “capital humano” a serviço da economia⁷¹.

Para a Conferência de Filadélfia, (a) o trabalho não é mercadoria; (b) a liberdade de expressão e de associação é fundamental para o progresso social; (c) a pobreza onde quer que esteja é ameaça para a paz e prosperidade; (d) cada Nação deve criar instrumentos para atendimento das necessidades sociais do trabalhador; e (e) todos os seres humanos têm direito a progresso material, desenvolvimento espiritual em liberdade, dignidade, segurança econômica e igual oportunidade.

Em 1998, na esteira das grandes declarações de princípios relacionados ao trabalho, aprovou-se a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e respectivo acompanhamento. Pela citada declaração, são temas prioritários para a OIT: a) liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva do trabalho; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) a eliminação de discriminação em matéria de emprego e de profissão.

Esta Declaração relativa aos direitos fundamentais no trabalho sublinha que todos os Estados-membros têm a obrigação de respeitar os princípios fundamentais nela consagrados, quer tenham ou não ratificado as convenções da OIT correspondentes. Identifica, por assim dizer, o que configura “*ius cogens*” internacional em sede laboral, com compromisso prioritário de observação por todos os Estados-membros, sejam ou não signatários das respectivas convenções.

O que se nota é que o principal eixo da normativa internacional é a do trabalho como expressão de um direito e instrumento de realização da cidadania, não podendo ser equiparado ao mero evento econômico, inclusive diante dos riscos sociais que estão implicados na permanência de sociedades desiguais e que não primam pela construção de oportunidades para todos.

⁷¹ SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 21-23.

Isto é, fundamentalmente, o que foi lateralizado nos debates parlamentares que culminaram com a sanção da Lei n. 13.487/2017.

Passa-se a admitir, no “espírito” da lei, que o negociado coletivamente prevaleça sobre a lei, em toda sorte de assuntos — e para além do que está no art. 7º da Constituição de 1988, mesmo quando prejudique a condição social dos trabalhadores representados pelo sindicato. *In verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a **Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015**;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. [...]72

O novo parágrafo 3º do artigo 8º da CLT, passa a positivar, para os juízes do Trabalho, um insondável “princípio da intervenção mínima”. A lei, portanto, deixa de responder pela régua da civilidade mínima nas relações entre capital e trabalho. E o Poder Judiciário, na mesma esteira, assume contornos minimalistas. Sepulta-se, nessa esteira, a célebre máxima do dominicano Jean-Baptiste-Henri Dominique

72 Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015.

Lacordaire: Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta⁷³.

Inexorável retrocesso, portanto. Inclusive na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Trabalho. Compreender melhor essa desconformidade analisa-se a primeiro a reforma do Trabalho no Brasil.

No plenário do Senado, restavam três emendas destacadas pelos blocos políticos resistentes, em três temas acerca dos quais o próprio Poder Executivo havia acenado com possíveis recuos (por vetos, que depois não vieram) ou com adequações (por medida provisória, que ainda se aguarda): (i) a universalização do coletivamente negociado sobre o legislado (ainda que “in pejus”), (ii) a legalização trabalho intermitente (sem quaisquer balizas de segurança jurídico-social), e, de mais aberrante, onde se depositarem, nesta, as maiores esperanças de aprovação (iii) a liberação do trabalho da mulher gestante e lactante em ambientes insalubres. Esperanças todas baldadas: os três destaques foram sobejamente rechaçados.

Percebe-se que através do presente estudo de decisões, que as novidades legislativas do Direito do Trabalho tanto na França como no Brasil tem a dignidade humana como elemento reitor da interpretação/aplicação das normas internacionais do trabalho. Segundo Rousseau, a distinção democrática está precisamente nesse questionamento contínuo sobre os direitos humanos. Tanto os regimes totalitários como os regimes democráticos “funcionam”, sem dúvida, com base no direito; todavia, enquanto os primeiros recusam, por uma questão de princípio, qualquer discussão sobre o direito do qual afirmam ser os únicos legítimos detentores, os segundos aceitam, por uma questão de princípio, a legitimidade do debate sobre os direitos⁷⁴.

Portanto, a especificidade da democracia é deixar a questão dos direitos sempre aberta, uma vez que sua lógica é a de não reconhecer nenhum poder, nenhuma autoridade cuja legitimidade não possa ser discutida; e, no coração dessa discussão, pulsa constantemente o questionamento acerca das reivindicações que

⁷³ LACORDAIRE, J. B. H.D. **Conférences de Notre-Dame de Paris**. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246. Em português: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

⁷⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

podem ser qualificadas ou não como direitos humanos. A democracia contínua só faz sentido por meio do reconhecimento na Constituição do “direito a ter direitos, liberando assim uma aventura cujo curso é imprevisível.”⁷⁵

⁷⁵ Claude Lefort, “**Droits de l’homme et politique**”, in: *Libre*, n. 7, cit., p. 51.

3.2 TITULO 2. UMA DEMOCRACIA RENOVADA: DEMOCRACIA CONTÍNUA

Neste capítulo, analisa-se a forma como os direitos sociais renovam suas instituições de representação para surgir uma democracia social. Percebe-se, que a democracia política baseia-se nos seguintes atores: partidos políticos, parlamentares e instituições clássicas (como o parlamento, governo, presidência, entre outros. Entretanto a democracia social renova a representação com novos atores como os sindicatos, as ONGs, as associações, etc..., a partir dessas novas instituições, como o Conselho Econômico e Social (CES) na França. E o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES⁷⁶) no Brasil e França. Analisa-se a questão: Como esses atores e instituições da social democracia podem concordar com os atores e instituições da democracia política?

Com relação a descentralização do Estado, como enfatiza Pierre Rosanvallon⁷⁷, amplia-se a concepção de legitimidade colocando o problema da política em uma forma mais ampla de sociedade do que a tradicional hierarquia de poder. Nesse sentido, Cornélio Castoriades, diz que a democracia é uma instituição derivada do imaginário instituído, já Michele Foucault comentou sobre as dificuldades de governança nos micro-poderes.

Esta ideia está na base dos dois grandes processos que fazem a história do direito moderno: o Constitucionalismo e a democracia. O Constitucionalismo, assente no reconhecimento dos direitos dos cidadãos em participar na história da Nação⁷⁸, e a democracia presente nos direitos sociais, como observou Dominique Rousseau, não podem ser resumidos no momento do sufrágio: a democracia contínua.

Qualificar a democracia como "contínua" em relação a outros qualificadores representativos, populares, burgueses, participativos é em primeiro lugar o princípio de uma forma política cujo objeto é a sociedade fazer a fala, em segundo lugar é a troca de palavras e em terceiro lugar a expressão dos confrontos⁷⁹.

⁷⁶ No Brasil o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) é um dos mais importantes instrumentos contemporâneos de participação social no Brasil, assim como ocorre em várias democracias pelo mundo, como França, (De acordo com o artigo 8º da Lei 10.683 de 2003), é um Órgão Consultivo da Presidência da República e os membros são conselheiros da sociedade civil.

⁷⁷ ROSANVALLON, P. **A nova questão social**: repensando o Estado-providência. Brasília, DF: Instituto Teotônio Vilela, 1998 (Original de 1995). p.25.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Théorie et pratique**, Paris, Payot, 1975.

⁷⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

A democracia contínua não é apenas uma forma de governo do estado; abrange a sociedade global composta por três espaços, o espaço civil, o espaço público e o espaço político. Democratizar o espaço político não é suficiente para garantir a qualidade democrática de uma sociedade⁸⁰.

De acordo com uma representação clássica, herdada, a ser limitada ao período recente, da tradição hegeliana, a sociedade seria dividida em espaço civil e espaço político. O primeiro seria interesses privados, indivíduos tomados em suas determinações sociais, suas atividades profissionais e seus conflitos; o segundo seria instituições públicas, representação, o estado. Essas duas sociedades, aninhadas por todo um período histórico, gradualmente se separaram, o espaço político "saindo" do espaço civil para administrá-lo, e essa separação seria a marca da "modernidade"⁸¹. Nesse sentido será analisada, a democracia renovada nas suas instituições (capítulo 1), bem como de que forma a democracia pode ser renovada por seus atores (capítulo 2).

Capítulo 1. Uma democracia renovada nas suas instituições

Capítulo 2. Uma democracia renovada por seus atores

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

3.2.1 CAPÍTULO 1. UMA DEMOCRACIA RENOVADA NAS SUAS INSTITUIÇÕES

No decorrer desta pesquisa observa-se a evolução da democracia, modalidades como a democracia social e econômica surgiram, trazendo um novo desenho para o ordenamento jurídico e influências claras para o constitucionalismo. Denota-se que os atores da democracia política são os partidos políticos. Mas quem são os atores que renovam a democracia? Seriam os sindicatos? Portanto, deve-se estudar o princípio e os métodos de exercer a liberdade de associação na França e no Brasil.

Nesse sentido, a maturidade político deliberativa da sociedade brasileira está longe de ser completamente eficaz, atualmente é frágil, a estabilidade política e econômica, gerou o aumento da complexidade social, que quando conjugada com o fortalecimento e a redefinição dos papéis de novas instituições, surge a importância da evolução dos Conselhos Econômicos e Sociais (CES) na França. E o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) no Brasil.

Inclusive com a criação de um novo espaço público, principalmente as redes sociais, que estão conectada ao mesmo tempo de maneira mundial e local, sendo capaz de recuperar e remodelar as antigas demandas, as quais exigem um aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais vigentes⁸².

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, o caminho para uma verdadeira democracia contínua parece ainda estar longe de ser alcançado.

Todos esses fatores exigem uma revolução epistemológica que, rompendo com a departamentalização dos campos de racionalidade dominantes, que isoladamente

⁸² CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

trabalham: a analítica, a hermenêutica e a pragmática, aponte uma perspectiva pragmático-sistêmica. Ou seja, permita a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da linguística⁸³, ou seja, inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a história. Deste modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito, do que a uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo. A democracia é a possibilidade da tomada de decisões diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção e porque não da reinvenção.

Assim, se pretende analisar a importância da criação de uma Assembleia Social deliberativa. Segundo Rousseau, ela se insere na perspectiva de redimensionamento do poder deliberativo atribuído ao povo, a primeira inovação constitucional necessária é a criação de uma Assembleia Social que, assim como a Assembleia Nacional e o Senado, teria o poder de expressar o interesse geral. Substituiria o Conselho Econômico, Social e Ambiental, tornando-se uma assembleia legislativa de pleno exercício. Esta proposta institucional é a consequência lógica do lugar e da função da sociedade civil e do povo-todos-em-cada-um que a democracia contínua lhes reconhece na elaboração da vontade geral⁸⁴. Ao contrário do sistema representativo, que faz da sociedade civil o mero receptáculo da vontade fabricada e definida no espaço político, a democracia contínua torna a sociedade o lugar onde se forma, por meio do confronto entre as experiências de vida, o interesse geral. Portanto, é conveniente dotar essa sociedade uma assembleia que lhe permita participar da elaboração da lei⁸⁵.

Na França foram criada a CESE, com a missão de esclarecer decisões públicas, conselhos governamentais e parlamentares, o Conselho Econômico, Social e Ambiental ouve este apelo. Através desta consulta, o Conselho procura a expressão de cada um deles, a fim de melhor compreender todas as expectativas. Por coerência, e para facilitar a análise, os cidadãos podem compartilhar suas aspirações em torno

⁸³ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

⁸⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

⁸⁵ *Ibid.*

de seis temas: desigualdades sociais, justiça fiscal, desigualdades territoriais, poder de compra, participação cidadãos e a transição ecológica. Com esta abordagem, o CESE reafirma o seu desejo de dar mais espaço à participação dos cidadãos no seu trabalho. O envolvimento dos cidadãos compromete o CESE ao longo do tempo; se o primeiro passo for a definição de soluções, através de recomendações que serão feitas em março, outras etapas fundamentais seguirão. O Conselho está empenhado em analisar, a longo prazo, a implementação e o impacto destas soluções, a nível nacional e territorial.

Já no Brasil, houve a criação do CDES, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes específicas, voltadas a um novo Contrato Social. Tendo em vista, que as nomeações ocorriam de forma política e não de forma social. Conforme seu Regimento Interno, as posições do Conselho são levadas ao Presidente da República, classificadas como “consensuais”, “majoritárias” ou “minoritárias”. Houve muitas críticas. Sobre a suspeita de que o Conselho poderia subtrair poder do Parlamento, o governo reafirmou a prerrogativa do Congresso em ter a “palavra final” sobre as Reformas. As decisões do CDES é em relação as reformas Previdenciária, Tributária, Sindical e Trabalhista. Além disso, produziu, até o momento, seis “Cartas de Concertação”⁸⁶ veja:

“Na primeira, de fevereiro de 2003, foi feita a defesa de um “novo contrato social”. A segunda, de abril, tratou do compromisso de todos com a inclusão social e o desenvolvimento sustentável. A terceira Carta, de julho, retomou a idéia de projeto nacional e declarou apoio à política econômica do Governo e às “reformas estruturais”. A quarta, de setembro, reafirmou sua concordância com a política econômica orientada para a estabilidade, mas ensaiou uma crítica propondo uma “transição” para “um novo eixo da política econômica”, voltado à retomada do desenvolvimento e à geração de empregos. A quinta Carta, de dezembro, voltou ao tema da inclusão social e do diálogo social, ao mesmo tempo advertindo que as condições políticas, técnicas, culturais e econômicas são diferentes daquelas que, nos Estados Unidos e na Europa, ensejaram o pacto social de base

⁸⁶ VÉRAS, Roberto. **O Diálogo Social e a reforma trabalhista e sindical no Brasil**: Debate atual. Editora: Cortez. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/570_Mudan%e7as%20no%20Trabalho1.pdf#page=45> Acesso em: 05 dez. 2018.

fordista. A situação atual do país requer um contrato em bases novas, “considerando a nossa inserção num mundo globalizado, digital e integrado, no qual a eficiência e a competitividade são cada vez mais importantes”. Uma condição para isso seria a adaptação dos trabalhadores à “exigência do mundo contemporâneo” do trabalho “variável” e “multidisciplinar”, com os sindicatos voltando-se prioritariamente para uma ação junto aos “excluídos”. A sexta e, até então, última Carta, de março de 2004, defendeu a adoção no país de uma política industrial, tecnológica e de comércio exterior, em consonância com o Plano Plurianual 2004-2007, e a criação de uma Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial e de um Conselho de Política Industrial de caráter tripartite”⁸⁷.

Percebe-se que o CDES, favoreceu a nova forma de contratação social, que segundo Habermas⁸⁸, estão na forma de uma complexa disputa entre a “razão comunicativa”, “dialógica”, “argumentativa”, de um lado, e a “razão instrumental”, “impositiva”, do outro. No campo da primeira, foi instituído o próprio Conselho e exercitada a construção das Cartas de Concertação e dos documentos sobre as reformas Previdenciária, Tributária e Trabalhista. No âmbito do sistema trabalhista vêm impondo-se limites evidentes a tais propósitos⁸⁹. Vêras apresenta a seguinte questão: Será, que o Conselho tem como missão favorecer o “diálogo social” como base de constituição de um “novo contrato social”, ou, o que teria um efeito inverso, propiciar legitimidade social à “razão técnica”⁹⁰. Tendo em vista, o seu forte papel com político muito aquém do que foi anunciado.

⁸⁷ VÉRAS, Roberto. **O Diálogo Social e a reforma trabalhista e sindical no Brasil**: Debate atual. Editora: Cortez. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/570_Mudan%e7as%20no%20Trabalho1.pdf#page=45> Acesso em: 05 dez. 2018.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l’agir communicationnel**. Paris:Fayard, 1987.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ VÉRAS, Roberto. **O Diálogo Social e a reforma trabalhista e sindical no Brasil**: Debate atual. Editora: Cortez. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/570_Mudan%e7as%20no%20Trabalho1.pdf#page=45> Acesso em: 05 dez. 2018.

Na cultura política francesa, a ideia de uma “terceira câmara social” tem uma má reputação. Espontaneamente, associa-se a Vichy, aos projetos constitucionais de Pétain, ao corporativismo e ao fascismo. O que já é muito! Trata-se de uma significativa injustiça porque ela está presente há muito tempo no pensamento progressista. Estava na mente, por exemplo, de um Léon Duguit, professor de direito e colega de Émile Durkheim, quando afirmava, em 1895, que “se alguém quiser que o Parlamento seja uma representação exata do país, este deve ser dotado de duas câmaras, uma das quais representará especificamente os indivíduos (a Câmara dos Deputados) e a outra (o Senado) representará mais especificamente os grupos sociais; um país onde a dupla representação de indivíduos e grupos não é assegurada não tem Constituição.”⁹¹ A fórmula é forte e soa como o comando constitucional do futuro modelo político. Isso já pode ser percebido, no mundo político, quando Pierre Mendès France, em 1962, sustentou que “além da Assembleia que expressa as diversidades ideológicas e políticas, a presença de grupos sócio-profissionais tornou-se necessária em uma segunda assembleia.”⁹²

A problemática identidade política da Assembleia Social refere-se, fundamentalmente, à dificuldade de pensar politicamente a questão dos chamados “corpos intermediários” e da sociedade civil.⁹³ O mal-entendido vem da Lei *Le Chapelier*, de 29 de setembro de 1791, que proíbe todas as “corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão” e cujo preâmbulo declara que “nenhuma sociedade, clube, associação de cidadãos, pode ter, sob qualquer forma, existência política, nem exercer qualquer ação sobre os atos dos poderes constituídos e das autoridades legais; sob nenhum pretexto podem aparecer sob um nome coletivo, seja para fazer petições ou deputações, seja para qualquer outra finalidade.” O ano de 1789 é, antes de mais nada, exatamente isso: a aniquilação das “corporações”, seja aquelas que

⁹¹ DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel**. Paris, A. Fontemoing, 1907. Ver, igualmente, Id., “L’Élection des sénateurs”, *Revue Politique et Parlementaire*, n. 1, 1895, p. 300-323 e 453-475.

⁹² FRANCE, Pierre Mendès. **La République moderne**. Paris: Gallimard, 1962.

⁹³ Veja-se, por exemplo, Alain Chatriot, “**Les Apories de la représentation de la société civile**”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, vol. 71, n. 3, 2007, p. 535-555.

reagrupavam as pessoas da mesma profissão como as que podiam reunir cidadãos que compartilhavam as mesmas ideias políticas. Abolir a monarquia significou abolir os corpos intermediários. Para fundar o novo regime foi preciso encontrar o cidadão. A primeira Constituição francesa, a de 3 de setembro de 1791, estabelece claramente os fundamentos desse novo vínculo político, afirmando, a partir de seu preâmbulo, que ela “abole irrevogavelmente as instituições que prejudicam a liberdade e a igualdade de direitos; não há mais agremiações ou corporações de profissões, artes e ofícios.” Desse momento em diante, não há mais interesse intermediário entre o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral; a ligação é feita diretamente entre cada cidadão isolado e o Estado; qualquer forma que possa separar os cidadãos do estado está condenada⁹⁴.

Na esteira dessas circunstâncias históricas, desenvolveu-se um discurso político que ampliou seu escopo, apresentando os corpos intermediários como a figura de um passado antidemocrático e o Estado como instrumento da modernidade democrática. Conseqüentemente, ainda hoje, qualquer proposição que reconheça um lugar e uma função para os corpos intermediários na determinação da política do país é imediatamente acusada, na melhor das hipóteses, de tentar levar a França de volta ao estado pré-moderno, ou de, na pior das hipóteses, tentar destruir a França. De um lado, os republicanos, de outro, os reacionários⁹⁵.

As coisas são obviamente mais complicadas do que esta oposição Estado = República = Progresso = Esquerda *versus* Sociedade Civil = Democracia = Conservadorismo = Direita. Sem dúvida, a concepção jacobina, ao ligar sem intermediários o indivíduo ao Estado, identificou-se com os republicanos, como pode ser evidenciado pela decisão do Conselho Constitucional, tomada 09 maio de 1991, sob a presidência de Robert Badinter, que censurou a legislação que reconheceria a existência do povo da Córsega, alegando que “a Constituição só conhece o povo francês, composto por todos os cidadãos franceses sem distinção de origem, raça ou religião”⁹⁶; ou, mais explicitamente, a decisão de 15 de junho de 1999, contra a ratificação da Carta Europeia Para as Línguas Regionais ou Minoritárias “na medida em que confere direitos específicos aos ‘grupos’ de usuários de línguas regionais ou

⁹⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ CC 91-290 DC, 9 de maio de 1991, R., p. 50.

minoritárias nos ‘territórios’ nos quais essas línguas são praticadas” que “minam o princípio da unicidade do povo francês que proíbe o reconhecimento de direitos coletivos a qualquer grupo definido como uma comunidade de origem, de cultura, de língua ou crença.”⁹⁷ Porém, essa concepção totalizante do Estado não é apenas republicana, pois ela é também monarquista, tendo sido construída pelo absolutismo real bonapartista e confirmada por Napoleão, e é ainda liberal, tendo a monarquia de Julho “aclimatado o jacobinismo na França”, segundo a análise de Pierre Rosanvallon.⁹⁸

Se no jacobinismo os republicanos enxergam o Estado, os liberais veem o indivíduo. A Lei *Le Chapelier*, que remove as corporações acusadas de reduzir por seus regulamentos as iniciativas individuais, e o Decreto D’Allarde, de março de 1791, que reconhece a todos a liberdade de “fazer tal negócio ou exercer dada profissão, arte ou ofício que entenda bom”, são dois dispositivos normativos complementares e abertamente de inspiração liberal. A liberdade de empreender e a liberdade de comércio decorrem de ambas, que convidam a deixar o indivíduo autônomo e livre para realizar seus projetos. Entretanto, passados os séculos, as fórmulas que professam esse liberalismo jacobino continuam as mesmas: “Deixe os homens fazerem, deixe os bens passarem”, recomendavam os fisiocratas ainda sob o Antigo Regime; “enriqueçam-se”, dizia Guizot aos franceses em meados do século XIX; “trabalhe mais para ganhar mais”, defendeu Sarkozy no início do século XXI. Este engajamento liberal não entra em contradição com a defesa de um Estado jacobino como o ex-Presidente da República Sarkozy tem mostrado ao denunciar violentamente “o poder de corpos intermediários que formam uma tela entre o povo e o cume do Estado, que confiscaram a palavra dos franceses e que afirmaram falar em seu nome”, desenvolvendo uma hiperpresidência que pretendia se conectar diretamente “aos franceses” por meio do referendo.⁹⁹

O próprio Guizot defendeu um Estado centralizado com muito mais força do que a burguesia para controlar as instituições pela graça de sufrágio. Quanto aos princípios de 1789, eles definem um Estado cuja função é perfeitamente compatível

⁹⁷ CC 99-412 DC, 15 de junho de 1999, R., p. 71.

⁹⁸ ROSANVALLON, Pierre. **Le Modèle politique français**. Paris: Seuil, 2004.

⁹⁹ Ver, por exemplo, o discurso, em Marselha, proferido por Nicolas Sarkozy em 18 de fevereiro de 2012.

com o liberalismo econômico: “A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique os outros”, segundo o artigo 4, que fundou o reconhecimento do valor constitucional da liberdade de empreender; e, acima de tudo, “a lei tem o direito de defender apenas ações prejudiciais à sociedade; tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido”, segundo enuncia o artigo 5, que regula um Estado mínimo, legislando pouco para “deixar fazer” a iniciativa privada. Indivíduos liberados das restrições das corporações, um Estado limitado a garantir a ordem “natural” da propriedade privada e da liberdade de comércio, impedindo o retorno das corporações, tal é a síntese republicana liberal que, com várias nuances, governou a França por dois séculos. Porém, nos dias atuais isso se encerrou.

Com relação a real função do processo judicial, segundo Couture é que seja examinado o proceso em si mesmo, para poder definir através do seu caráter essencial, do seu conteúdo íntimo, se adverte que o proceso é uma relação jurídica. Por relação jurídica se entende o vínculo que a norma de direito estabelece entre o sujeito de direito e o sujeito do dever. A relação jurídica processual consiste no conflito de laços, de vinculação, que a lei estabelece entre as partes e os órgãos da jurisdição reciprocamente, e as partes entre si¹⁰⁰.

Segundo Darci a função do processo exige novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada as novas realidades. A imperiosa necessidade de mudança obriga os processualistas a evoluir suas concepções e fugir do maior número de regras que, tenham caráter supostamente imutável¹⁰¹.

Por tanto o processo transcende profundamente o conceito de processo, superando as teorias que delimitam este ser o instrumento¹⁰² da jurisdição ou mera relação jurídica¹⁰³ rumou integrado ao sistema jurídico via garantias processuais constitucionalizadas democraticamente, assim legitimou-se normativamente em sua

¹⁰⁰ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 123.

¹⁰¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 15.

¹⁰² Tradicionalmente, vê-se a instrumentalidade do processo pelo seu **aspecto negativo**, ou seja, mediante a afirmação de que o processo é “mero” instrumento do direito substancial. (DINAMARCO, Cândido R.. *Escopos Políticos do Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 116.)

¹⁰³ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 123.

jurisdicionalidade em que se reveste pelo procedimento que os Poderes Estatais instituídos lhes auferem.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o processo não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema aberto normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional.¹⁰⁴

Portanto, o processo como “*instituto do direito posto*” com valoração positiva no ordenamento jurídico constitucional democrático arquitetada-se em uma auspiciosa e complexa engrenagem carregada de particularidades e de universalidade que lhes dimensionam como uma grande realização que “(...) *consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso.*”¹⁰⁵

Nesse sentido, a democracia contínua traz consigo uma síntese política cujos primeiros elementos afirmaram-se com força em 1848, na França, durante a criação de grupos de trabalho nacionais e da “comissão do governo para os trabalhadores”, foi a chamada de Comissão de Luxemburgo, composta por delegados de trabalhadores de diferentes empresas e delegados patronais, presidida por Louis Blanc e cuja função era “estudar todas as questões relativas ao trabalho e preparar a solução em projetos a serem submetidos à Assembleia Nacional.” Outros elementos seriam adicionados ao longo das lutas sociais e das guerras: a Lei de 29 de maio de 1864, que suprimia o crime de coalizão, a Lei de 21 de março de 1884, que legalizou os sindicatos abertos e patronais, a Lei de 01 de julho de 1901, que reconheceu a liberdade de associação, o Decreto de 16 de janeiro de 1925, responsável pela criação do Conselho Nacional Econômico, a Constituição de 1946, que transformou este em Conselho Econômico, a Constituição de 1958, que estabelece o Conselho Econômico e Social como a terceira assembleia da República francesa, a revisão constitucional de julho de 2008, que acrescenta o Meio Ambiente ao nome e competências deste Conselho, modifica sua composição e confere a quinhentos mil cidadãos o direito de

¹⁰⁴LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002. p 69.

¹⁰⁵BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

petição. Todavia, este lugar atribuído aos corpos intermediários permanece parcial e marginal, pois ele é menos um reconhecimento de seu papel na determinação do interesse geral do que uma concessão destinada a conter as demandas políticas – em 1946, em face do Programa do CNR (Conselho Nacional da Resistência) – ou sociais – em 2008, havia a demanda ecológica. Para neutralizar essa possível ascensão do poder da sociedade civil, o Estado termina se agarrando em questões econômicas e sociais, desenvolvendo suas intervenções em todas as áreas e tornando-se um Estado de bem-estar social¹⁰⁶.

Se a democracia contínua é herdeira dessa história, separa-se radicalmente dos empreendimentos políticos tentaram mantê-la no âmbito do Estado jacobino e busca afirmar a capacidade normativa da sociedade civil e, portanto, a necessidade de lhe dar uma instituição para expressá-la. “As mais belas ideias morrem ao não encontrar um veículo”, escreveu Chateaubriand. O terceiro estado era tudo na sociedade, mas nada na ordem política, e tornou-se algo apenas impondo a criação de uma instituição que o expressasse: a Assembleia Nacional. Da mesma forma, o centeio e a castanha têm sua assembleia com o Senado. Porém, o mesmo não ocorre com as “forças vivas”, de acordo com uma expressão antiquada, mas que identifica o que ela quer designar. As forças que fazem um país viver, hoje no século 21, são trabalhadores, administradores e empreendedores; as forças que fazem o sucesso de um país estão em empresas, bancos, serviços públicos, universidades; as questões sociais de um país são a produção e a distribuição de riqueza; as questões vitais são de ordem econômica, ecológica e social. Ora, todas essas forças não possuem um Parlamento. E esta ausência pesa na determinação do interesse geral na medida em que todas estas questões são tratadas pela assembleia política que, como já se observou Mendès France, necessariamente, as aborda do ponto de vista eleitoral, dependendo, concretamente, dos interesses eleitorais dos eleitos locais. Se os assuntos econômicos, sociais, financeiros e ecológicos se tornaram o centeio e a castanha do século XXI, é necessário que aqueles que dão vida a esses “assuntos” tenham visibilidade institucional. Seria inútil adicionar direitos aos direitos existentes simplesmente para “agradá-los”. Para que essas forças vitais se tornem visíveis, é necessário uma assembleia que as apresente, que as faz subir ao palco da cena

¹⁰⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

pública e que possa assegurar uma voz deliberativa no debate político em condições de contribuir para a expressão do interesse geral¹⁰⁷.

Segundo Rousseau denota-se a importância da criação de uma Assembleia Social, sob o viés de princípios constitutivos, da democracia contínua, que teriam dois benefícios: pois daria voz à identidade dúplice do povo, isto é, o povo como corpo político, composto pelos cidadãos abstratos, visíveis por e na Assembleia Nacional, e o povo como corpo social, composto pelos cidadãos concretos que realizam suas atividades profissionais e sociais, visíveis por e na Assembleia Social. Ela promoveria também a afirmação de instrumentos jurídicos de regulação que não apenas a lei. O Estado se expressa pela lei. Esta é, de acordo com a definição jurídica clássica, geral e impessoal, estando incumbido, por essas qualidades, de proteger a sociedade do domínio dos interesses privados. A famosa fórmula “É a lei que liberta e a liberdade que oprime” traduz perfeitamente esta convicção sempre fortemente ancorada nas consciências que, caso fosse deixada aos interesses de seus membros, a sociedade seria violenta e somente poderia se salvar somente por meio do Estado que, com a lei, surgiria para libertá-la da opressão dos interesses privados. Sem dúvida pertinente no passado, essa fórmula não é mais relevante hoje, quando a sociedade se tornou “fluída”, complexa e plural, quando diferentes concepções de vida pessoal e temporalidades sociais coexistem dentro dela.

Até mesmo a ponto de tal fórmula poder ser revertida: a opressão pode vir da lei que, por sua generalidade, não pode captar a multiplicidade de situações particulares, ou mesmo constranger, subjugar e impor uma única concepção de vida social. Isso pode querer significar uma outra fórmula, como a de François Mitterrand, que estigmatiza “a força injusta da lei”, injusta porque é impessoal e esmaga as situações singulares, porque é geral e oprime as particularidades. Não está claro se a lei é o instrumento apropriado para “resolver” questões acerca do fim da vida, do futuro de embriões congelados de um casal que se separa, do status de padrasto, do uso do véu no espaço público etc., pois ela teria a tendência a sempre fornecer uma resposta geral, ao passo que as respostas “certas” são necessariamente aquelas que levam em conta a particularidade de cada pessoa, cada casal, cada jovem. Confrontados com a questão da expressão religiosa nos locais de trabalho, os

¹⁰⁷ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

parlamentares franceses queriam responder por meio de lei; consultado, o Conselho Econômico, Social e Ambiental considerou que “a intervenção do legislador não é necessária. Em efeito, o fato religioso não está na origem de uma ruptura massiva das relações de trabalho¹⁰⁸.”

O Conselho favoreceu, portanto, recomendações concretas e preventivas, orientadas principalmente para os empregadores e empregados, utilizando os meios de diálogo social. Apela aos poderes públicos para ajudar a melhorar a situação, recordando e explicando o direito. Os políticos abordaram essa questão avaliando as vantagens eleitorais de um projeto de lei, enquanto as forças vivas levaram em consideração a realidade concreta nas empresas e em outros locais de trabalho. Uma Assembleia Social daria preferência a instrumentos jurídicos capazes de responder e se adaptar à diversidade de experiências sociais: pareceres, conselhos, recomendações, negociações, contratos, “princípios fecundos”, para utilizar uma expressão de Portalis que esperava que a lei pudesse colocar “máximas gerais de direito, princípios fecundos em consequências e não que ela descesse nos detalhes de cada questão”. O princípio da igualdade é “fecundo em consequências”: igualdade de escolhas de vida, de gêneros, de crenças, de oportunidades...

O atual Conselho Econômico, Social e Ambiental não pode, por sua composição ou por seus poderes, ser ou mesmo prefigurar esta Assembleia Social. Portanto, seria necessário excluí-lo e criar uma nova estrutura. Três princípios poderiam inspirar sua formação. O primeiro é o reconhecimento de um poder deliberativo semelhante ao da Assembleia Nacional. O poder consultivo não é suficiente. Pior: é perigoso porque promove o corporativismo. Sabendo que deve fazer apenas recomendações ou emitir opiniões sobre os projetos de lei, ela deixa as rédeas soltas para a expressão dos interesses particulares dos grupos que a compõem. Pelo contrário, ao participar na votação das leis, ela abandona esta postura “fácil” de emitir desejos e vontades pelo trabalho “difícil” de arbitragem entre vários interesses e trocas acerca da elaboração das leis. Um poder consultivo enfraquece o grau de responsabilidade de uma assembleia, enquanto que um poder deliberativo a responsabiliza¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁰⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

O segundo princípio é a adoção de um procedimento deliberativo transversal pela constituição de comissões temáticas em que os representantes de todos os grupos sociais se sentariam para evitar o corporativismo quando cada grupo social tem a “sua” comissão e faz prevalecer os “seus” interesses¹¹⁰.

O terceiro princípio é a escolha de um modo de eleição dos membros desta assembleia que leve em conta as forças produtivas na vida econômica e social, os grandes setores de atividades – cultura, biotecnologia, consumo etc. – e as formas nas quais essas forças e atividades são organizadas – sindicatos, associações, cooperativas etc. Não é simples, mas da escolha do sistema de votação depende da inscrição da Assembleia Social no cenário institucional da democracia contínua¹¹¹.

Outro fator importante, segundo Pierre Rosanvallon é a emergência do sufrágio universal na França, na história de uma dupla transição: de simples consentimento ao auto-governo, por um lado, e do povo figurado como um corpo ao indivíduo autônomo, do outro. Nos momentos imediatamente posteriores à Revolução, o princípio de igualdade política não está em questão, já que todos os indivíduos tem a mesma medida na decisão e legitimação da política¹¹². Segundo Rosanvallon “Un homme, une voix. L'équation simple s'impose à nous avec la force de l'évidence. L'égalité devant l'urne électorale est pour nous la condition première de la démocratie, la forme la plus élémentaire de l'égalité, la base la plus indiscutable du droit”¹¹³.

Denota-se que o sufrágio universal, é a grande questão do século 19. Pois ele é o centro de todo sistema político, que refere-se aos direitos civis e direitos políticos, da legitimidade e do poder, da liberdade e da participação, da igualdade e da capacidade. Rosanvallon destaca a formidável ruptura intelectual que a ideia de igualdade política introduziu nas representações sociais dos séculos 18 e 19. A igualdade política instaura uma nova forma de interpretações liberais e cristãs. Tendo em vista que o direito de voto não é, somente a liberdade formal. A igualdade política marca a entrada no mundo dos indivíduos', afirma um tipo de equivalência de

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² ROSANVALLON, Pierre. **Le sacre du citoyen**: histoire du suffrage universel en France. Paris: Gallimard, 1992.

¹¹³ *Ibid.* p. 11.

qualidades, em ruptura com 'visões tradicionais do corpo político'. Rosanvallon¹¹⁴ retém de Claude Lefort a convicção de que a teoria marxista herdada não fornecia as ferramentas necessárias para o tipo de crítica à hierarquia e defende o pluralismo¹¹⁵.

Na história da humanidade, mudanças técnicas levaram a uma reforma das instituições. Este foi o caso das revoluções industriais anteriores, que, após perturbar a velha ordem do mundo ao abrir as comportas da proletarização, colonização e industrialização da guerra e dos massacres, levaram à reformulação de instituições e instituições internacionais. a invenção do estado social. O período de paz e prosperidade interior experimentado pelos países europeus após a guerra é creditado por essa nova figura do Estado e pelos três pilares em que se apoiava: serviços públicos honestos e eficientes, uma extensa segurança social para toda a população e uma lei trabalhista que vincula ao emprego um status que garanta aos funcionários um mínimo de proteção¹¹⁶.

Nascidos da segunda revolução industrial, essas instituições são hoje desestabilizadas e desafiadas. Por políticas neoliberais, que mantêm uma corrida internacional ao menos social, fiscal e ecológico. O mesmo se aplica à revolução dos computadores, que está mudando o mundo do trabalho da idade do trabalho para a do trabalho. cérebro do trabalho¹¹⁷", Isto é, o trabalhador" moda "Não se espera mais que ele obedeça mecanicamente às ordens, mas requer que ele atinja os objetivos atribuídos ao reagir em tempo real aos sinais que o alcançam. Esses fatores políticos e técnicos se combinam na prática. No entanto, não devemos confundir-los, porque o neoliberalismo é uma escolha política reversível, enquanto a revolução da informática é um fato irreversível, provavelmente com objetivos políticos diferentes¹¹⁸.

¹¹⁴ ROSANVALLON, Pierre. **Le sacre du citoyen**: histoire du suffrage universel en France. Paris: Gallimard, 1992. p. 11.

¹¹⁵ LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. São Paulo: Brasiliense, 1972.

¹¹⁶ SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015, *in*: artigo: SUPIOT, Alain. Pour une réforme digne de ce nom Et si l'on refondait le droit du travail. Disponível: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>>. Acesso em:03 set. 2018.

¹¹⁷ VOLLE, Michel. Anatomie de l'entreprise. **Pathologies et diagnostic L'Entreprise contre l'État**. Manucius: Paris, 2017.

¹¹⁸ SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015, *in*: artigo: SUPIOT, Alain. Pour une réforme digne de ce nom Et si l'on refondait le droit du travail. Disponível: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>>. Acesso em:03 set. 2018.

Essa mutação técnica, que alimenta os debates atuais sobre a robotização, o fim do trabalho ou a uberização, pode tanto agravar a desumanização do trabalho realizado sob taylorismo quanto permitir o estabelecimento de *regime de trabalho realmente humano*. Conforme previsto na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), isto é, um trabalho que dá a quem o exerce "a satisfação de dar a mais completa medida de suas habilidades e conhecimentos e de contribuir mais para o bem-estar comum ¹¹⁹". Esse horizonte seria o de cima para baixo do modelo de emprego assalariado, em vez do retorno a "trabalho de mercadoria".

Como se consolidou até a década de 1970, o emprego refere-se a uma troca: obediência à segurança¹²⁰. O funcionário renuncia a qualquer tipo de autonomia em seu trabalho, limitando sua duração, a negociação coletiva de seu preço e a proteção contra os riscos de sua perda. Implementado sob várias formas legais em todos os países industrializados, esse modelo reduziu o escopo da justiça social aos termos quantitativos de troca salarial e à segurança física no trabalho e às liberdades sindicais. Por outro lado, o trabalho como tal - seu conteúdo e sua conduta - foi excluído porque, em terras capitalistas e comunistas, foi considerado organização científica - o que foi chamado taylorismo. Não havia espaço para autonomia; permaneceu como reserva de altos executivos e independentes¹²¹.

A revolução dos computadores oferece uma chance de dar a todos os trabalhadores um grau de autonomia, bem como o risco de sujeitar todos eles - incluindo os autônomos, gerentes ou intelectuais - a formas agravadas de desumanização de seu trabalho. Essa revolução não se limita à generalização do uso de novas técnicas, mas desloca o centro de gravidade do poder econômico. Este último é menos na propriedade material dos meios de produção do que na propriedade intelectual dos sistemas de informação. E é exercido menos por ordens a serem executadas do que por objetivos a serem atingidos¹²².

Ao contrário das revoluções industriais anteriores, não são as forças físicas que as novas máquinas salvam e ultrapassam, mas as forças mentais, ou mais

¹¹⁹ Déclaration de Philadelphie (1944).

¹²⁰ LINHART, Lire, Danièle. **Imaginer un salariat sans subordination**. Le Monde diplomatique, juillet 2017.

¹²¹ SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015.

¹²² SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015, *in*: artigo: SUPIOT, Alain. **Pour une réforme digne de ce nom Et si l'on refondait le droit du travail**. Disponível: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>>. Acesso em: 03 set. 2018.

precisamente as capacidades de memória e cálculo. Incrivelmente poderosos, rápidos e obedientes, são também como o cientista da computação Gérard Berry gosta de repetir “totalmente estúpidos”¹²³. Eles, portanto, oferecem uma chance de permitir que os homens se concentrem em “em um Trabalho, poético, isto é, aquele que requer imaginação, sensibilidade ou criatividade e, portanto, aquele que não é programável”¹²⁴.

Denota-se a necessidade de uma profunda reforma das instituições. Da transição da democracia política, para a democracia contínua. Nesse sentido, avança-se na construção de uma nova forma de democracia social, com a criação de uma Assembleia Social que possa expressar o interesse geral, capaz de ajudar a compreender a complexidade originada pelo surgimento de novos emergentes problemas ecológicos, sociais e culturais que ultrapassam a teoria jurídica tradicional. Neste sentido, a rediscussão democrática e a reproblemática do sentido político dos direitos humanos se impõem como ponto de partida fundamental, objetivando a participação efetiva da sociedade na sua produção e interpretação, em busca de uma autonomia e de uma pluralidade político-ideológica, a qual privilegia a discussão pública democrática sobre o alcance e o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, contribuindo para a efetiva realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição francesa e brasileira e para a legitimidade democrática global.

3.2.2 CAPÍTULO 2. UMA DEMOCRACIA RENOVADA POR SEUS ATORES

Denota-se que a democracia vigente objetiva proporcionar, uma nova alternativa para o florescimento de um espírito participativo do indivíduo na concretização da democracia contemporânea¹²⁵, com menos partidos políticos e mais sindicatos, associações, cidadãos (...). Segundo Rousseau a democracia contínua não é apenas uma forma de governo, ela é uma forma de sociedade. Não é o atribuído

¹²³ BERRY, Gérard. *Pourquoi et comment le monde devient numérique*. Annuaire du Collège de France, Paris, 2007-2008.

¹²⁴ SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015, *in*: artigo: SUPIOT, Alain. **Pour une réforme digne de ce nom Et si l'on refondait le droit du travail**. Disponível: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹²⁵RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 95-96.

de um lugar, espaço ou geografia específicos, ela está emergindo nos lugares onde o sistema representativo gostaria de aprisioná-la e se espalhando onde o povo-todos-em-cada-um se realiza, isto é, em todas as esferas da sociedade. A democracia contínua é, portanto, radicalmente diferente do sistema representativo que se realiza em um único lugar, na esfera estatal, onde o povo-corpo-político se expressa¹²⁶, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re) qualificação do povo, para além de mero ícone¹²⁷.

Nesse sentido, a questão política hoje não é, de fato, a do indivíduo, nem mesmo a de uma sociedade que seria composta de indivíduos líquidos, para usar a expressão de Zygmunt Bauman¹²⁸, nem uma nova ou recente questão provocada ainda pelo espírito do maio de 68. O indivíduo é, depois de muito tempo, o princípio da política. O capitalismo, com sua mística do interesse individual, seus mecanismos de individualização dos contratos de trabalho e seu direito de propriedade, moldou indubitavelmente esse processo de individuação; porém, o socialismo não o incomodou, pois, de acordo com o próprio Marx, a sociedade concreta por vir seria aquela “em que o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos”.

Todas as tragédias políticas, especialmente as do século XX, são causadas pelo esquecimento, ignorância ou destruição da autoconsciência de si quando os homens abdicam ou são forçados a abdicar de sua individualidade em proveito de um todo: o partido, o Estado, a religião, a raça etc. Se o processo social e histórico é o de uma sociedade de indivíduos, a questão política se move; torna-se a questão de organizar essa fluidez social, de harmonizar essa fluidez para que não produza uma sociedade caótica; a questão é a do instrumento para construir a generalidade comum nessa sociedade fluída¹²⁹.

Isso porque as respostas de “antigamente” já não funcionam: Deus, a Nação, o Estado, as classes sociais que deram aos indivíduos um sentimento de pertença – “Eu pertenço ao povo cristão, à nação francesa, à classe trabalhadora ...” – já não são

¹²⁶ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹²⁷RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 100.

¹²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **La Vie en miettes**. Paris, Le Rouergue/Chambon, 2003; Pascal Michon, **Les Rythmes du politique. Démocratie et capitalisme mondialisé**, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

¹²⁹ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

operadores eficazes do senso comum dos indivíduos. Nesse momento histórico e nessa configuração, a Constituição, entendida como um conjunto de direitos e liberdades humanas, pode ser aquele instrumento comum aos indivíduos por meio do qual se reconhecem em sua particularidade, em seus próprios ritmos, mas também em valores compartilhados, no sentido dos valores constitucionais comuns que Habermas chama de “patriotismo constitucional”. Um verdadeiro espelho mágico, a Constituição se oferece como um texto laico, como um conjunto de princípios compartilhados, como um lugar onde o indivíduo desencantado pode reconstruir uma identidade comum.

Gerando maior efetividade da justiça, via realização da função social de vários institutos de direito material para os cidadãos.¹³⁰ Nota-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica “... dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri”¹³¹.

O Estado Democrático de Direito carrega *intrinsecamente* um “caráter transformador”¹³² que ao “mesmo tempo, a tônica fundada em uma auto determinação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de ser alvo da atuação do Estado.”¹³³ Pois o caráter transformador tem como deslinde um Estado Ativo tem como *extremo* a democracia participativa, haja vista a falha proporcionada, ou melhor, imposta pelos meandros da “democracia representatividade”¹³⁴, no que diz respeito sim à eticidade

¹³⁰THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia efetivada através do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011. p. 86 a 87.

¹³¹DENTI, Vittorio. **Giustizia e Partecipazione dei Nuovi Diritti**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 19.

¹³²RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado**: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 25.

¹³³RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado**: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 25.

¹³⁴Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se. (SILVA, Ovídio A. Batista da. **Democracia Moderna e Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 106.)

na representação do poder para com a formação do Direito, onde no caso se demonstra inefetivas, essa notada inefetividade¹³⁵ que tem como reflexo a sociedade, que usa-se de suas garantias processuais para com a persecução do ordenamento jurídico.

A Constituição Francesa, estabelece um conjunto de procedimentos, incluindo o procedimento jurisdicional, que obriga os atores sociais a argumentar suas reivindicações para transformar uma necessidade em lei, para mostrar que seu não reconhecimento constitucional ameaçaria a ordem política, para encontrar a formulação jurídica que permita à reivindicação de se inscrever no sistema de direitos existentes e, assim, convencer acerca da legitimidade dessa transição do estado pré-normativo para o estado normativo. Antes de ser um direito constitucional, o voto, a greve, a capacidade da mulher de dispor livremente de seu corpo, ou a possibilidade de moradia decente, eram exigências que mudavam de status seguindo as três etapas desse percurso procedimental¹³⁶.

No mesmo sentido, no Brasil, o epicentro da democracia é o ser humano e por isso, o poder emana do povo, parágrafo único do artigo 1º, da Constituição da República de 1988. Na democracia, o Estado desempenha uma função de fomentador de participação pública no processo de reconstrução de um novo projeto de sociedade, em uma perspectiva humanística e com obrigação de observar a população de forma massiva, mas ao mesmo tempo heterogênea e diversificada.

Com o atual deslocamento do Estado. Não sob os golpes de uma mão deliberadamente destrutiva, mas pelo movimento do mundo. Rosanvalon parte da observação de que a democracia afirma sua vitalidade como uma dieta quando está perdendo a forma de sociedade como os soberanos, os cidadãos aumentaram constantemente sua capacidade de intervenção para multiplicar sua presença, eles não estão mais contentes, a partir de agora, para fazer intermitentemente sua voz nas urnas. Eles exercem, cada vez mais ativamente, um poder de vigilância e controle, eles emprestam formas sucessivas de minorias ativas ou comunidades de julgamento,

¹³⁵THAMAY, Rennan Faria. *A Democracia efetivada através do Processo Civil*. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011. p. 78-79.

¹³⁶ ROUSSEAU, D. *Radicaliser la démocratie*. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

tanto quanto a de uma opinião difusa para pressionar aqueles que os governam e expressar suas expectativas¹³⁷.

Benjamin Constant já havia observado o perigo da soberania para a democracia: se o princípio da soberania do povo não pode ser contestada, “é necessário, é urgente, bem conceber a natureza e corretamente determinar a sua extensão, pois se alguém atribui à soberania uma latitude que não deveria ter, a liberdade pode ser perdida, não obstante este princípio, ou mesmo por este princípio.”¹³⁸

A própria vivacidade das críticas que fazem parte do sistema representam a medida de sua determinação em viver o ideal democrático. É uma característica do tempo. O desejo de ampliar as liberdades dos institutos de poderes, servos da vontade geral em todos os lugares que se transforma em face do global¹³⁹.

Há de se ponderar que o “ordenamiento jurídico tiene como predicado de su propia existencia el de efectuarse siempre y en todo momento”¹⁴⁰ conjecturando-se este pelo processo revolucionário tendo por missão *“hacer patente ante los ciudadanos la eficacia que la ley posee, y proteger en el caso concreto al particular”*¹⁴¹. Sendo assim, observa-se que os direitos fundamentais podem ser concebidos das seguintes maneiras: a) como direitos à participação ativa no processo deliberativo em condições de igualdade¹⁴²; b) como direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, de forma a possibilitar a intersubjetividade democrática que formará a vontade política de maneira racional e consensual¹⁴³; ou c) via proceso judicial com base no *contraditório como elemento da Democracia Participativa*, analisando que o processo reveste de um procedimento, onde este procedimento é o que vem a legitimar as

¹³⁷ ROSANVALLON, P. **La démocratie est structurellement inachevée.** In: La Démocratie. Histoire, théories, pratiques, éditions sciences Humaines, automne. 2010. p. 303-316.

¹³⁸ Benjamin Constant, *Principes de politique*, Paris, Hachette, 2006.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ BRINZ; Apud BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho.**

Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

¹⁴¹ BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho.** Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

¹⁴² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

decisões estatais, neste caso pela decisão jurisdicional, haja vista, que o contraditório passa a ser uma garantia processual constitucionalizada, que por meio do procedimento estatal garante a participação do cidadão no Estado Democrático de Direito, na medida em que garantam a deliberação democrática e a criação democrática do direito via um processo justo.

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente na atualidade supera-se o devido processo legal aportando-se no processo justo, visando as garantias processuais constitucionalizadas democraticamente. Note-se que “... a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política”¹⁴⁴. Faz-se assim com que venha a se proteger, o indivíduo e as coletividades não só do agir contra *legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade.¹⁴⁵

Nesse sentido sabe-se que a função real da democracia se dá pela maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção do Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado.¹⁴⁶

Mas esse povo político que sempre impõe mais sua marca está se tornando cada vez menos social, pois a cidadania, a política está progredindo ao mesmo tempo em que a cidadania social está regredindo. Esta transição da democracia é o principal fato atual. Com o crescimento de desigualdades, é o resultado maçante que produz uma decomposição silenciosa do laço social e simultaneamente da solidariedade. O fenômeno tem sido objeto de múltiplos estudos estatísticos. Todos convergem para enfatizar o papel desempenhado pelo aumento dramático na maioria elevado na constituição do fenômeno. Neste contexto, o fenômeno notável é que nunca se falou tanto dessas desigualdades e que, ao mesmo tempo, nunca fizeram tão pouco para

¹⁴⁴PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

¹⁴⁵PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

¹⁴⁶THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia efetivada através do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011. p. 83-84.

reduzi-las. Há uma contradição decisiva a explorar. Contradição que replica o fato crescente entre o progresso do regime democrático e a regressão da democracia-sociedade¹⁴⁷.

Entretanto, percebe-se que os cidadãos aumentaram constantemente sua capacidade de intervenção e para multiplicar sua presença. Eles não estão mais contentes, a partir de agora, fazem intermitentemente sua voz não somente nas urnas, mas na sociedade em geral, basta analisar a força do povo nas manifestações “dos coletes amarelos” em 2018 na França. E no Brasil o fato histórico que ocorreu em 1992, o *impeachment* do presidente da República Federativa do Brasil Fernando Collor, por denúncias de corrupção política e recentemente em 2016 ocorreu *impeachment* da presidente da República Federativa do Brasil Dilma Rousseff¹⁴⁸, em ambos os casos o povo realizou grandes manifestações, denota-se que o povo exerce, cada vez mais ativamente, um poder de vigilância e controle, eles emprestam formas sucessivas de minorias ativas ou comunidades de julgamento, tanto quanto a de uma opinião difusa para pressionar aqueles que os governam e expressar suas expectativas e suas aspirações¹⁴⁹. A realidade é que com ou sem colete amarelo, os cidadãos se expressam. Tendo em vista que durante muitas semanas, o movimento Colete Amarelo se destacou por vários problemas experimentados diariamente por milhões de cidadãos.

O grupo chamado de “coletes amarelos” são reconhecidamente protestantes que desaprovam a reforma trabalhista, efetuando inúmeras manifestações nesse sentido, com suporte a nível global, inclusive no próprio país, porém, com diferenças entre as áreas rurais e urbanas, uma vez que:

Nas comunas rurais, 56% dos franceses apoiam o movimento, em comparação com 42% em Paris e cidades com mais de 100.000 habitantes. Além disso, a desaprovação do movimento é mais forte nas

¹⁴⁷ ROSANVALLON, P. **Para uma história conceitual de política**. São Paulo: alameda. 2010.

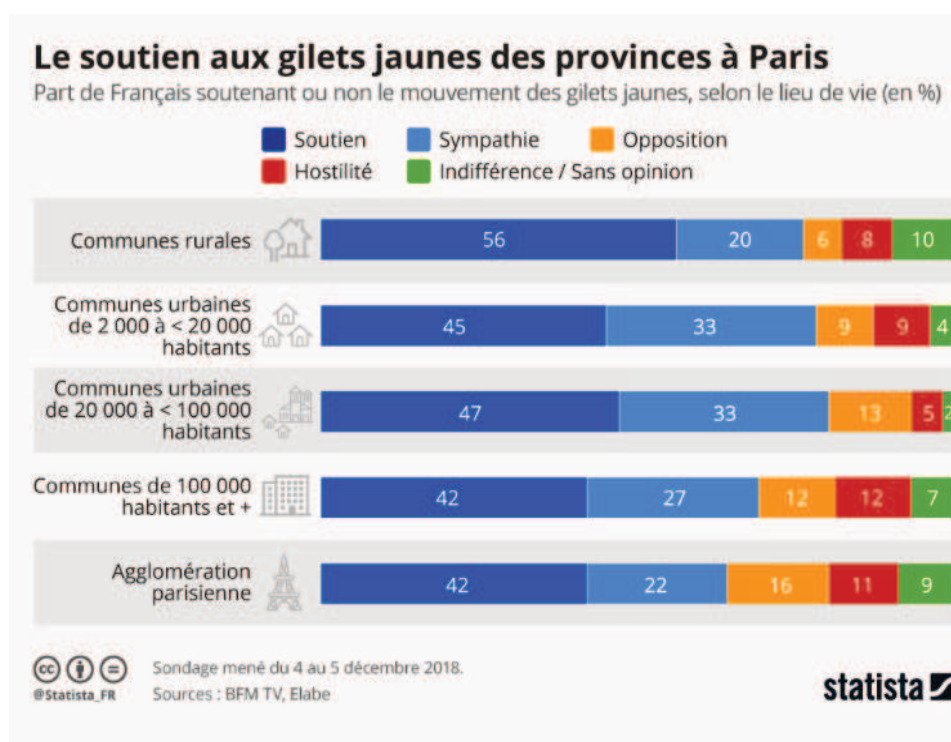
¹⁴⁸ Ref. uma denúncia por crime de responsabilidade oferecida por um procurador de justiça e dois advogados que resultou na cassação do mandato de Dilma.

¹⁴⁹ ROSANVALLON, P., **Legitimidade Democrática**: Imparcialidade, Reflexividade, Proximidade, Princeton: University Press. 2011.

grandes cidades e na capital, onde se refere a cerca de um quarto dos inquiridos, contra apenas 14% nas comunas rurais.¹⁵⁰

Nesse contexto, verifica-se o quadro comprobatório com dados oficiais abaixo: Referente a participação de franceses apoiando ou não o movimento dos coletes amarelos.

Figura 11 - Apoio para os coletes amarelos das províncias de Paris.



151

FONTE: Elabe para a BFM TV

Diversos são os protestos efetuados pelo movimento dos “coletes amarelos” da França, como é possível evidenciar na foto a seguir:

¹⁵⁰ GAUDIAUT, Tristan. Estatística, O portal de estatísticas. **O apoio dos coletes amarelos das províncias de Paris.** Disponível em: <<https://fr.statista.com/infographie/16367/soutien-au-mouvement-des-gilets-jaunes-en-france/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁵¹ GAUDIAUT, Tristan. Estatística, O portal de estatísticas. **O apoio dos coletes amarelos das províncias de Paris.** Disponível em: <<https://fr.statista.com/infographie/16367/soutien-au-mouvement-des-gilets-jaunes-en-france/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

Figura 12 - Manifestante veste colete amarelo com os dizeres “Macron cai fora”
– Foto: Sylvain Thomas/AFP



Manifestante veste colete amarelo com os dizeres 'Macron cai fora' — Foto: Sylvain Thomas/AFP

152

Figura 13 - Só no último sábado, 264 pessoas ficaram feridas e mais de 1,7 mil pessoas foram presas durante a manifestação na França – Foto Francois Nascimbeni/AFP¹⁵³

¹⁵² BBC NEWS. **COMO O 'JÚPITER' EMMANUEL MACRON DESPENCOU DO 'OLIMPO' NA FRANÇA.** G1. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://G1.GLOBO.COM/MUNDO/NOTICIA/2018/12/10/COMO-O-JUPITER-EMMANUEL-MACRON-DESPENCOU-DO-OLIMPO-NA-FRANCA.GHTML](https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/10/como-o-jupiter-emmanuel-macron-despencou-do-olimpo-na-franca.ghtml)>. ACESSO EM: 06 JAN. 2018.

¹⁵³ *Ibid.*



56 no último sábado, 264 pessoas ficaram feridas e mais de 1,7 mil pessoas foram presas durante manifestações na França — Foto: François Nascimben/APP

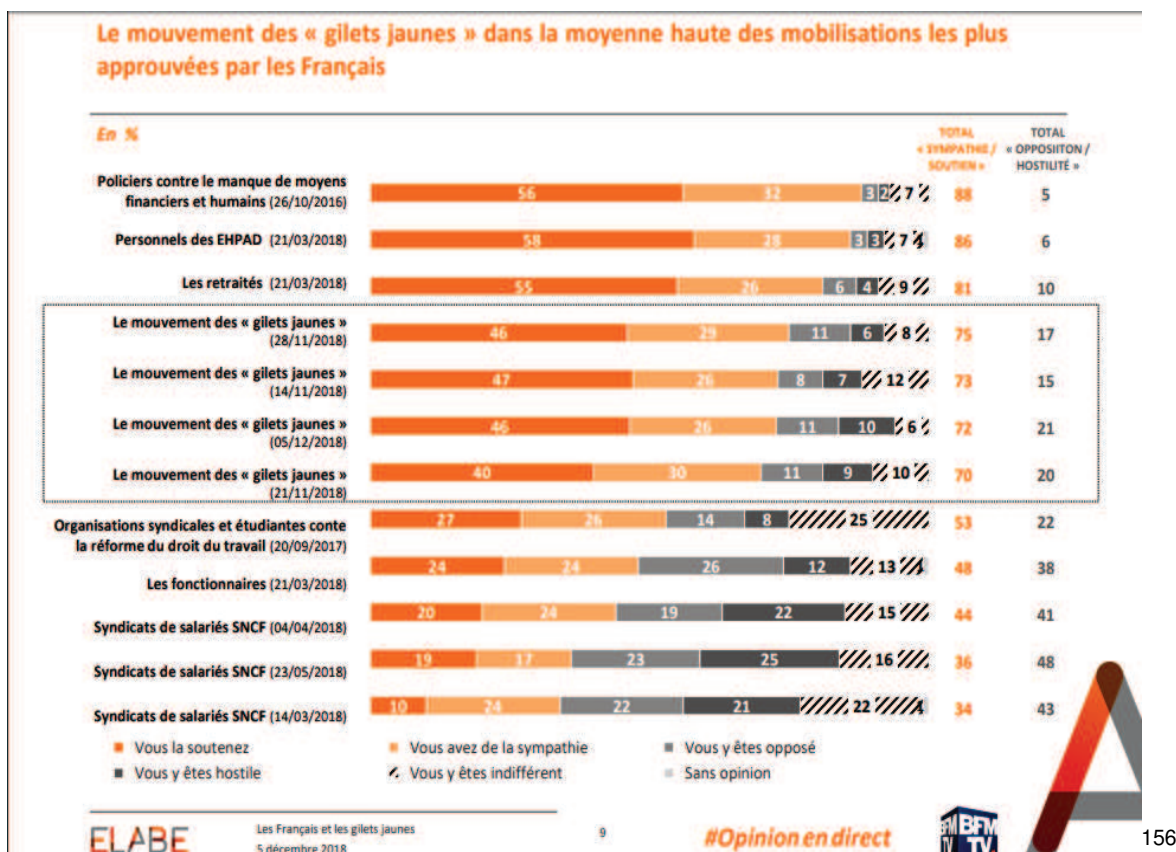
154

O objetivo do governo francês era reduzir o desemprego e com isso melhorar a economia do País, afirmando que isso ocorreria com a Reforma Trabalhista, porém, não foi isso o que ocorreu, “o presidente flexibilizou o mercado de trabalho com medidas que facilitam a vida do empregador, mas isso não surtiu resultados efetivos na redução do desemprego”.¹⁵⁵ Cumpre evidenciar que referente ao movimento dos coletes amarelos, existem aqueles que os apoiam, tem simpatia, se opõe, é hostil, indiferente e sem opinião respectivamente.

Figura 14 - O movimento de "coletes amarelos" no meio das mobilizações mais aprovado pelos franceses

¹⁵⁴ BBC News. Como o 'Júpiter' Emmanuel Macron despencou do 'Olimpo' na França. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/10/como-o-jupiter-emmanuel-macron-despencou-do-olimp-na-franca.ghtml>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

¹⁵⁵ BBC News. Como o 'Júpiter' Emmanuel Macron despencou do 'Olimpo' na França. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/10/como-o-jupiter-emmanuel-macron-despencou-do-olimp-na-franca.ghtml>>. Acesso em: 06 jan. 2018.



FONTE: Elabe para a BFM TV

Vale mencionar ainda, qual é a opinião francesa sobre os protestos que vem ocorrendo devido à reforma trabalhista, a qual

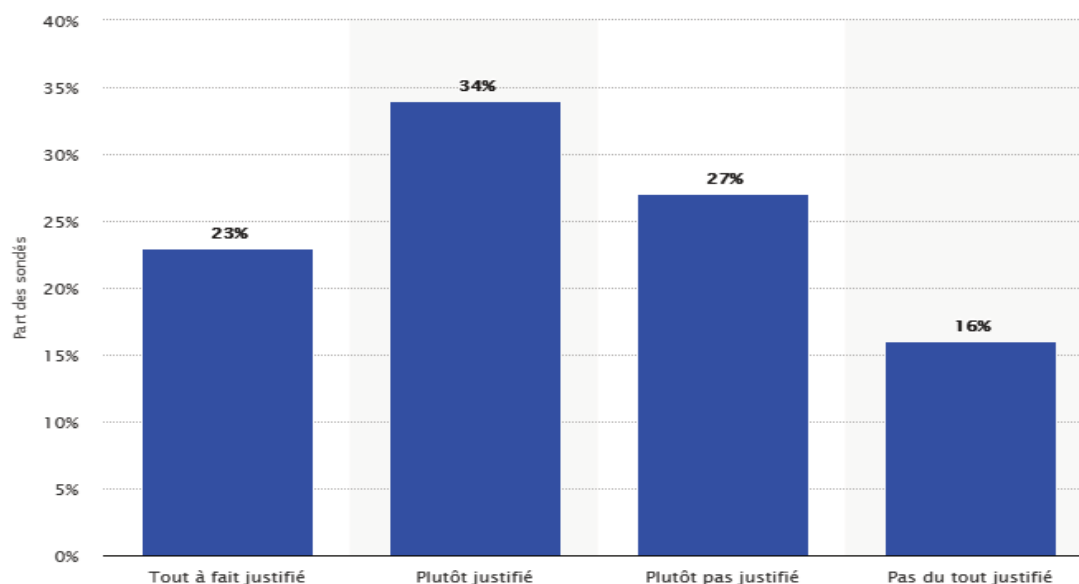
mostra a opinião pública sobre o movimento de mobilização contra a reforma do direito do trabalho pela ordem estabelecida pelo governo de Edouard Philippe sob o Presidente Emmanuel Macron setembro de 2017. Com 57% dos entrevistados acreditando que estes Em manifestações justificadas, a maioria dos franceses pareceria, portanto, contrária a essa reforma ou à forma como ela é conduzida¹⁵⁷

Sendo considerado pela população como “completamente justificado”, “em vez justificado”, “em vez não justificado” e “não justificado em tudo” respectivamente:

¹⁵⁶ Vincent THIBAUT. **Os franceses, os coletes amarelos e as Medidas anunciadas por Edouard Philippe.** Disponível em: <https://elabe.fr/wp-content/uploads/2018/12/rapport_20181205_elabe_bfmtv_les-francais-les-gilets-jaunes-et-les-mesures-annoncees-par-edouard-philippe.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

¹⁵⁷ Estatística, o portal de estatísticas. **parecer sobre as greves contra a reforma do direito do trabalho por portaria França 2017.** disponível em: <[HTTPS://FR.STATISTA.COM/STATISTIQUES/747944/OPINION-DES-FRANCAIS-SUR-MOBILISATION-CONTRE-REFORME-TRAVAIL-MACRON/](https://fr.statista.com/statistiques/747944/opinion-des-francais-sur-mobilisation-contre-reforme-travail-macron/)>. ACESSO EM: 06 JAN. 2019.

Figura 15 - O que você acha dos protestos contra a reforma do código trabalhista por ordem anunciada pelo governo de Édouard Philippe?



© Statista 2019 158

FONTE: Statista 2019

Escrevia Camus que “Em nossa provação cotidiana, a revolta desempenha o mesmo papel que o cogito na ordem do pensamento: é a primeira evidência. Mas essa evidência tira o indivíduo de sua solidão. É um vínculo comum que funda em todos os indivíduos o primeiro valor. Eu me revolto, então somos.”¹⁵⁹ Todos os direitos humanos nascem da revolta e, nesse sentido, cuidam de todos os indivíduos, são o lugar comum de todos os indivíduos, eles assinam a solidariedade de todos os indivíduos.

E eles são a parte sem a qual o indivíduo democrático não pode existir e, portanto, não poderia existir também a democracia contínua. Se o povo tem uma dupla identidade, tanto como um corpo político quanto como um conjunto de membros singulares de um corpo social, se designam ao mesmo tempo um ser abstrato e indivíduos concretos da rua, se o povo está tanto no céu das ideias quanto na terra

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ CAMUS, Albert. **L’Homme revolte**. Paris, Gallimard, 2008, p. 79.

firme, a democracia contínua deve levar em consideração essa dupla identidade. O sistema representativo se refere apenas ao povo-corpo-político e esquece o povo-homem-da-rua; já a democracia direta refere apenas ao povo-não-importa-quem. A democracia contínua articula um ao outro graças à Constituição que fala de um e de outro, o que dá ao corpo político o direito de governar e aos membros singulares o direito de reivindicar, fazendo a ligação entre os dois lados do povo da democracia contínua. Essa dualidade constitucional inclui, é claro, a possibilidade de tensões entre as duas partes do povo, entre o povo-corpo-político e o povo-todos-em-cada-um¹⁶⁰.

Nota-se, que a própria vivacidade das críticas fazem o sistema representar a medida de sua determinação em viver o ideal democrático. É uma característica do tempo. O desejo de ampliação das liberdades e o estabelecimento dos poderes. O sistema é insuficiente, basta analisar as desigualdades de renda e riqueza em ambos continentes: no caso francês, 1% dos franceses são mais ricos que possuem 53% da riqueza total em 1913, detinha apenas 20% em 1984. Nos Estados Unidos, os 10% mais ricos de renda compartilham quase 50% das receitas totais às vésperas da crise de 1929, percentual que se estabilizou menos de 35% desde o início dos anos 50 até ao início dos anos 80. Na Suécia, exemplo emblemático entre todos, o 1% da população que beneficia dos rendimentos mais alta em 1980 representaram 23% do rendimento total, em comparação com 46% no início do século. Estas reduções dramáticas fizeram ambos progredir rendas mais baixas e mais rápidas, rendas mais altas e mais lentas transferências sociais e o forte efeito corretivo da tributação progressiva as taxas dispararam na primeira metade do século XX. A situação atual não é, portanto, um legado do passado, mas sim uma marca de ruptura dramática com ele, revertendo uma tendência secular. Essa mudança de rumo corresponde a uma quebra real no intelectual, a compreensão da essência do ideal democrático¹⁶¹.

Porém, essa possibilidade de tensão é, precisamente, o que atribui o caráter contínuo à democracia, pois mantém o questionamento permanente sobre os direitos humanos. Igualdade entre homens e mulheres, liberdade de expressão, fraternidade

¹⁶⁰ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁶¹ ROSANVALLON, P. **Para uma história conceitual de política**. São Paulo: Alameda. 2010.

são, entre outras coisas, valores constitucionais que a exclusão, as injustiças, as desigualdades ou as arbitrariedades negam diariamente. Desta separação entre os valores constitucionais construídos pelos indivíduos e seu cumprimento pelo corpo político nasce a faculdade de uma crítica da positividade social, a crítica à autoridade reforçada pelo fato de ser capaz de se enraizar não em uma metafísica qualquer, mas nos valores enunciados pela Constituição. E faz nascer também, por consequência, a faculdade de os indivíduos democráticos confiarem na Constituição para evitar ignorar, esquecer ou desprezar os direitos humanos e, assim, a democracia contínua¹⁶².

Segundo Rosanvalon, em seu curso sobre o significado de igualdade, propõe a demanda por uma democracia mais ativa, que não ocorre por falta de consciência referente a magnitude do problema. Entretanto, várias pesquisas mostraram que na Europa, como na China ou no Brasil, a maioria, as vezes muito grande, tem o sentimento de viver em uma sociedade injusta, mas sem esse julgamento que leva a ações de protesto ou escolhas políticas seriamente susceptíveis de reverter esse curso de coisas. É como se houvesse hoje uma forma de tolerância implícita dessas desigualdades; além obviamente, da remuneração desproporcionada. Mais especificamente, a sensação difusa de que as desigualdades são "muito fortes", o fato de que o descontentamento social provavelmente será em grande parte maioria pode estar ligada a uma passividade prática em face do sistema geral de desigualdades. Um forte levantamento referente a percepção da desigualdade e senso de justiça conduzido na França em 2009 confirma essa interpretação. Quase 90% dos pesquisados portanto, considerava necessário reduzir a diferença de renda, em uma porcentagem adicional mais importante, acredita-se que, para uma sociedade ser justa, deve garantir a satisfação das suas necessidades básicas, como a: habitação, alimentação, saúde, educação. Um julgamento esmagador para condenar as desigualdades e formular uma concepção ambiciosa da justiça. Ao mesmo tempo, 57% consideram que as desigualdades de renda são inevitáveis para uma economia ser dinâmica e 85% para diferenças de renda são aceitáveis quando pagam méritos indivíduo diferente. Há, portanto, também uma rejeição global de uma forma existente de sociedade quais vizinhos com uma forma de aceitação dos mecanismos que o

¹⁶² ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

produzem, um dom de desigualdades que de fato quando reconhece implicitamente como legítimas as molas da desigualdade que as condicionam¹⁶³.

A ruptura histórica com a tendência secular de reduzir as desigualdades faz-se necessário à construção de uma Assembleia social sob as espécies dos princípios constitutivos da denominada por Rousseau¹⁶⁴ de democracia contínua, e com o surgimento da Assembleia Social teria dois méritos: pois daria voz à identidade dúplice do povo, isto é, o povo como corpo político, composto pelos cidadãos abstratos, visíveis por e na Assembleia Nacional, e o povo como corpo social, composto pelos cidadãos concretos que realizam suas atividades profissionais e sociais, visíveis por e na Assembleia Social.

A democracia contínua não é construída com o instrumento que foi usado para construir o Estado. Seu instrumento é a deliberação, que é o princípio ativo do lugar que a distingue: o espaço público. Segundo uma representação clássica, herdada da tradição hegeliana, a sociedade seria dividida em espaço civil e espaço político. O primeiro seria aquele dos interesses privados, dos indivíduos tomados em suas determinações sociais, suas atividades profissionais e seus conflitos; o segundo seria aquele das instituições públicas, da representação, do Estado. Imbricadas por todo um período histórico, essas duas sociedades gradualmente se separaram, o espaço político “saindo” do espaço civil para administrá-lo, de modo que essa separação seria a marca distintiva da Modernidade. Para essa representação eficaz, mas um tanto rústica, é possível, na lógica da obra de Habermas, propor outro esquema no qual o espaço público estaria inserido entre o espaço civil e o espaço político. Seria espaço público o lugar que recebe, por meio de associações, movimentos sociais e mídias, as ideias produzidas no espaço civil e onde, por meio de confronto e deliberação pública, se constrói uma opinião pública sobre propostas normativas que são então levadas para o espaço político¹⁶⁵.

Na forma representativa da democracia, o único lugar legítimo para a produção de regras é a esfera política institucional, pois elas são elaboradas, certamente, por

¹⁶³ ROSANVALLON, M. Pierre, professeur. **Cours: Les institutions de l'intérêt general.Histoire moderne et contemporaine du politique.** Imprimerie CHIRAT. UN26 21-01-2008.

¹⁶⁴ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁶⁵ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

deliberação pública. Todavia, essa deliberação deve ocorrer dentro de uma instituição, o Parlamento, onde o uso da razão e a troca de argumentos devem permitir, segundo o modelo clássico do regime parlamentar, que se produza, racionalmente, leis racionais. O espaço público não está necessariamente ausente deste esquema, mas nunca é pensado como um lugar onde a vontade normativa é formada, tendo em vista que ele é sempre representado como um lugar sem vontade, como um lugar incapaz de produzir regras. Na pior das hipóteses, esse espaço é, para os liberais, o local dos “pequenos” interesses privados; na melhor das hipóteses, é o espaço para os republicanos ganharem votos¹⁶⁶.

Em relação a este esquema, a forma “contínua” da democracia opera uma inversão radical das posições dos três espaços: o espaço público torna-se o espaço mais importante por ser aquele onde a vontade normativa é formada. Longe de ser um lugar vazio, ele é, de fato entendido assim como um lugar onde todas as questões vindas do espaço civil – a proteção social, a organização do tempo de trabalho, a expressão pública das crenças religiosas, o lugar dos artistas etc. – são “trabalhadas” até que se chegue à formulação de respostas, à formulação de propostas normativas, isto é, proposições de regras do direito. Em suma, o espaço público é, aqui, o espaço onde a vontade geral é formada. E ela se forma pela deliberação, pela comunicação de ideias, pelo confronto de opiniões, pela troca de argumentos. Em uma palavra: pela discussão.

Assim, o exercício e o respeito dos direitos fundamentais são as condições de possibilidade da discussão: a liberdade de ir e vir para defender as suas opiniões, a liberdade de reunião e de manifestação para fazer conhecer as suas propostas, a liberdade de associação para reunir aqueles que compartilham as mesmas proposições normativas. Esses são exemplos de direitos sem os quais o princípio de discussão contínua sendo letra morta, o espaço público perde expressão e a democracia termina absorvida pelo Estado, pois são direitos que garantem a pessoa em suas atividades privadas e em suas atividades públicas, mas que se condicionam e se reforçam mutuamente,. A discussão torna-se um princípio ativo e distintivo da democracia contínua apenas por meio do direito e, em particular, dos direitos fundamentais que definem o código de realização da atividade comunicativa. Para que

¹⁶⁶ *Ibid.*

o Estado não se feche à democracia, o direito deve garantir aos indivíduos a capacidade de agir no espaço público, de propor, inventar, redeterminar incessantemente as exigências normativas¹⁶⁷.

É evidente que, ao contrário de uma representação que muitas vezes é dada, o espaço público não se constitui em um lugar onde a discussão angelical sobre a transformação das exigências sociais em proposições normativas se daria calmamente, longe de qualquer má-fé ou de práticas manipulativas. É um espaço social, isto é, um espaço de lutas, de controvérsias para a formação, sobre determinado assunto, de uma vontade normativa; é um espaço onde, para construir uma opinião normativa, intervém, por exemplo, tanto associações de cidadãos benevolentes como grandes grupos financeiros ansiosos para conter a formação de uma regra contrária aos seus interesses; é um espaço onde a mídia pode tanto procurar impor a visão de políticos que irão entrar para ganhar votos de leitores ou não perder seu eleitorado, como para fazer perguntas que agitam o espaço público ou para participar na organização do debate público. Se, como escreve Bernard Lacroix, a democracia só existe por meio das lutas nas quais ela é o objeto¹⁶⁸, a democracia contínua só pode existir por meio de um espaço público vivo, crítico, multiplicado, capaz de mobilizar constantemente seus recursos sociais, associativos e intelectuais para impor as transações do espaço político que satisfazem suas exigências políticas.

Com isso, o espaço público não é apenas o lugar onde se forma a vontade normativa; é também o lugar que, em virtude da mobilização de seus atores, constrói uma força capaz de se impor ao espaço político – ao Estado, para ir rapidamente – a responsabilidade de, no mínimo, se encarregar das questões sobre as quais se mobilizou, podendo, no máximo, dar amplo apoio às propostas normativas que ali foram elaboradas. Em outras palavras, o espaço público deve ser capaz de pressionar, sobretudo fora dos momentos eleitorais, o espaço político para impor sua agenda, para compeli-lo a responder às questões para as quais se mobilizou e, se possível, responder de acordo com as propostas que formulou. Mais uma vez, o modelo de democracia contínua inverte radicalmente o padrão de democracia

¹⁶⁷ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁶⁸ LACROIX, Bernard. **Quel sens accorder au mouvement de décembre 1995 ?**, *Les Idées en mouvement*, n. 36, février 1996, p. 6.

representativa: enquanto o espaço político elabora de maneira relativamente autônoma, através da magia do mandato representativo, as regras que ele “despeja”, em seguida, nos espaços públicos e civis, o espaço público, por ser reconhecido como o lugar onde se forma a vontade geral, “despeja” no espaço político suas propostas normativas e o obriga a respondê-las. Obviamente, o Estado nem sempre responde necessariamente na direção desejada pelo espaço público, resistindo e opondo as suas próprias exigências àsquelas produzidas pelo espaço público. Porém, o Estado é constringido a, no mínimo, promover transações entre tais exigências.

Nessa perspectiva, a função desempenhada pelo cidadão muda radicalmente. Considerando que, no sistema representativo, seu poder se realiza e se exaure completamente a cada cinco anos no ato do voto, na democracia contínua é permanente e inscreve-se na duração que separa dois momentos eleitorais. Além disso, esses dois “ofícios” não se opõem, mas se complementam e enriquecem o status de cidadão, já que o poder do cidadão da democracia contínua prolonga o do eleitor do sistema representativo, submetendo o vínculo eleitoral e, portanto, os eleitos ao controle permanente do espaço público¹⁶⁹.

A democracia contínua não é apenas uma forma de governo, ela é uma forma de sociedade. Não é o atribuído de um lugar, espaço ou geografia específicos: está emergindo nos lugares onde o sistema representativo gostaria de aprisioná-la e se espalhando onde o povo-todos-em-cada-um se realiza, isto é, em todas as esferas da sociedade. A democracia contínua é, portanto, radicalmente diferente do sistema representativo que se realiza em um único lugar, na esfera estatal, onde o povo-corpo-político se expressa¹⁷⁰.

Se a sociedade é composta de indivíduos, ela não se tornou, por tudo isso, uma sociedade de individualistas soberbos ou dramaticamente inconscientes de que esses indivíduos estão conectados uns aos outros pela Constituição. É este texto que impede os indivíduos de flutuar, dando-lhes um ponto fixo onde todas as suas atividades podem ser articuladas. Essa representação constitucional do povo é por vezes entendida como um medo, ou mesmo, para usar o título da obra de Jacques Rancière, um “ódio à democracia”, na medida em que nega qualquer lugar ao “povo

¹⁶⁹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

¹⁷⁰ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

de todo o mundo e não importa quem”.¹⁷¹ Na história e nas várias filosofias políticas, essa compreensão a-jurídica, senão antijurídica, do povo nunca abriu os caminhos para a democracia. Isso porque se as pessoas não são construídas por um acordo com base no direito, como dizia Cícero, elas são reconhecidas por intermédio de outros vínculos, de outros acordos, mesmo aqueles feitos com base em sangue, raça ou a partir do chefe-encarnação-do-povo. A crítica de Schmitt¹⁷² à representação leva a uma “democracia” na qual o povo, para existir, deve ser absorvido pela pessoa do líder. A identidade do povo é feita pela fusão-desaparecimento do povo no corpo do Príncipe que é o Povo. Pelo contrário, a fabricação constitucional do povo implica uma separação entre o povo-corpo-político e o povo-todos-em-cada-um, o que resulta na possibilidade de uma relação democrática desempenhada precisamente pela necessidade de um modo de elaboração deliberativa da vontade geral: tendo em vista que ela não está mais no corpo do Príncipe-povo, deve ser construída por meio de uma troca entre os “dois povos”¹⁷³, isto é, por meio da política.

A distinção democrática está precisamente nesse questionamento contínuo sobre os direitos humanos. Tanto os regimes totalitários como os regimes democráticos “funcionam”, sem dúvida, com base no direito; todavia, enquanto os primeiros recusam, por uma questão de princípio, qualquer discussão sobre o direito do qual afirmam ser os únicos legítimos detentores, os segundos aceitam, por uma questão de princípio, a legitimidade do debate sobre os direitos. A especificidade da democracia é deixar a questão dos direitos sempre aberta, uma vez que sua lógica é a de não reconhecer nenhum poder, nenhuma autoridade cuja legitimidade não possa ser discutida; e, no coração dessa discussão, pulsa constantemente o questionamento acerca das reivindicações que podem ser qualificadas ou não como direitos humanos. A democracia contínua só faz sentido por meio do reconhecimento na Constituição do “direito a ter direitos, liberando assim uma aventura cujo curso é imprevisível.”¹⁷⁴

¹⁷¹ RANCIÈRE, Jacques. **La Haine de la démocratie**. Paris, La Fabrique, 2005.

¹⁷² SCHMITT, Carl. **Parlementarisme et démocratie**. Paris, Seuil, 1988; Id., **Théorie de la Constitution**, Paris, PUF, 1993.

¹⁷³ Seminário no Collège de France “Constitution et démocratie”, no âmbito do curso de Pierre Rosanvallon e Dominique Rousseau, em abril de 2008.

¹⁷⁴ LEFORT, Claude. **Droits de l’homme et politique**. In: Libre, n. 7, cit., p. 51.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei trabalhista é um ramo do direito em constante evolução. As leis se sucedem em um ritmo frenético. Nos últimos anos, as reformas da legislação trabalhista mudaram de espírito. Conquistados por teorias e doutrinas econômicas, eles agora se engajam em uma reorganização das fontes do direito trabalhista e caminham rumo a uma liberalização da própria substância do direito trabalhista. Essa redefinição das diretrizes do diálogo social e do direito do trabalho deve necessariamente ser entendida sob o prisma do direito constitucional. Nesta pesquisa demonstra-se que a redefinição do diálogo social terá necessariamente um impacto na constitucionalização do direito do trabalho. Ao mesmo tempo, a constitucionalização do direito do trabalho, por meio de sua dinâmica, que possui necessariamente influencia na definição de diretrizes do direito do trabalho.

Primeiramente a redefinição do diálogo social terá um impacto definitivo na constitucionalização do direito do trabalho. É provável que amplifique e intensifique isso. Em primeiro lugar, a reescrita do Código do Trabalho com base em uma nova arquitetura levará a um desenvolvimento exponencial do contencioso constitucional no direito do trabalho, que está em plena sintonia com um movimento mais amplo de constitucionalização dos ramos do direito.

Percebe-se a originalidade das questões levantadas em termos de articulação de fontes, é também provável que destaque as dificuldades sem precedentes que na França será julgado pelo juiz do Conselho Constitucional e no Brasil todos os juízes¹⁷⁵, cada um no seu nível e nos limites da sua competência, podem decidir sobre questões juridicamente originais e politicamente sensíveis.

¹⁷⁵ Isto porque ao comparar o controle de constitucionalidade feito no Brasil e na França, é um sistema muito diferente. Enquanto no Brasil é possível contestar a conformidade da lei na Constituição diante de qualquer juiz e, com recursos para as instâncias superiores, na França só existe o Conselho Constitucional que pode analisar essas questões. Portanto se é colocada uma questão pelo juiz ordinário, será somente o Conselho Constitucional, que julgará, pois é o único juiz da Constituição. No Brasil, vigora o sistema americano, oposto ao sistema europeu, desta forma no Brasil todos os juízes, cada um no seu nível e nos limites da sua competência, podem contestar a constitucionalidade da lei.

A lei trabalhista é, portanto, o objeto da constitucionalização, que se manifesta através do escritório do Conselho Constitucional e do Juiz Judicial. Nas mãos do Conselho Constitucional, a constitucionalização do direito do trabalho parece contida em relação ao que se poderia esperar do ponto de vista tanto de seus poderes como do potencial textos constitucionais. Por meio do juiz judicial, parece estranhamente ampliado, embora esse juiz tenha outros recursos que possam competir com a disseminação de padrões constitucionais nas relações de trabalho.

Percebe-se, que as reformas trabalhistas no Brasil e na França tiveram como eixo central o estabelecimento do negociado sobre o legislado e, conforme demonstrou-se, esse fato gerou um debate sobre a inversão da hierarquia das normas, uma vez que no passado a negociação coletiva deveria garantir no mínimo o que estava previsto na lei. Após as referidas reformas, um acordo no âmbito de uma empresa pode prevalecer sobre uma convenção coletiva e sobre a lei, mesmo que este acordo de empresa seja menos favorável ao trabalhador.

Num momento de crise econômica nos dois países, as medidas flexibilizadoras e negociais implicam na retirada de direitos, historicamente conquistados, pelas organizações sindicais, que tendem a se fragilizar ainda mais, no caso brasileiro isso poderá ocorrer em função da fragmentação das categorias pela terceirização, da perda imediata de sua fonte de financiamento e da criação de instâncias de representação alternativas aos sindicatos e na França, pelo estabelecimento de negociação sem participação dos sindicatos nas pequenas empresas e em alguns casos em empresas com até 50 empregados.

O gabinete do juiz constitucional é delicado. Não cabe a ele se opor, por uma questão de princípio, às mudanças no direito do trabalho desejadas pelo legislador. Não é sua responsabilidade forçar esses desenvolvimentos estendendo a lei trabalhista além de suas expectativas. Por conseguinte, o Conselho Constitucional deve, mais uma vez, persuadir as suas decisões adotando um método rigoroso, tanto para solicitar direitos constitucionais como para resolver as questões colocadas. Somente então a constitucionalização do direito do trabalho poderá influenciar a definição das diretrizes deste assunto.

Entretanto denota-se que as reformas trabalhistas no Brasil e na França que visavam numa suposta imperatividade do mercado, assentam-se na falsa premissa de que o barateamento dos custos trabalhistas e a conseqüente precarização das relações de trabalho geraria mais empregos¹⁷⁶. A partir desta análise da realidade social que este estudo priorizou a constitucionalização da legislação trabalhista que poderia ser a ocasião para um reequilíbrio da conciliação a favor dos direitos constitucionais sociais, o que lhes permitiria desempenhar um certo papel à luz dos desenvolvimentos que afetam o direito do trabalho.

Importante notar que a implementação da chamada “Reforma trabalhista” no Brasil não se apresenta como processo perfeito e acabado, uma vez que a sua interpretação e mediação necessariamente passarão pelo crivo da atuação jurisdicional¹⁷⁷ e das lutas sociais. Por outro lado, a despeito da fragilidade da condução do movimento sindical brasileiro em relação ao processo de tramitação da reforma, a sua entrada em vigor tem gerado reações espontâneas entre os trabalhadores, marcadas por perspectivas de resistência¹⁷⁸.

Entretanto, não se pode esperar o movimento de constitucionalização, que só ele muda a face do direito do trabalho e o estende a outras áreas através do jogo do princípio da igualdade. Por outro lado, o Conselho Constitucional poderia impor ao legislador medidas suficientes para garantir o exercício dos direitos sociais a determinadas categorias de trabalhadores excluídos do direito do trabalho. Neste caso, a constitucionalização dos ramos do direito, sem atingir uma extensão do âmbito do direito do trabalho, poderia levar a uma harmonização da situação dos trabalhadores.

Na França, o advento da questão prioritária de constitucionalidade tem sido visto como vetor de amplificação inédita da constitucionalização do direito do trabalho. Houve uma revitalização deste processo, uma vez que a questão prioritária de

¹⁷⁶ Estudos da OIT infirmam diretamente essa premissa (OIT, 2015).

¹⁷⁷ Nesse sentido, a realização, nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas – ANAMATRA, no sentido de discutir quanto à constitucionalidade da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

¹⁷⁸ Consultar: The intercept Brasil. “Supermercado Mundial, o menor direito trabalhista total”. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/11/17/mundial-greve-direitos-trabalhistas/>. Acesso em: 17 nov. 2017

constitucionalidade aumentou os encaminhamentos para o Conselho Constitucional. Bem como o surgimento dos direitos fundamentais no contencioso trabalhista restringiram os vínculos entre o direito constitucional e o direito do trabalho. A relação entre esses dois sujeitos oferece uma oportunidade para trocas recíprocas que devem ser estudadas para compreender todos os aspectos e compreender sua articulação.

Em segundo lugar, surge uma oportunidade para focar não apenas a articulação atual desse movimento, mas também considerar sua articulação futura. Percebe-se, no entanto, que a verdadeira fonte de intensificação da constitucionalização do direito do trabalho está nas próximas reformas que, dada sua escala e orientação, alimentarão consideravelmente a articulação contemporânea. Neste viés a própria noção de constitucionalização poderia eventualmente escapar dos vínculos naturais que tem com a lei estadual¹⁷⁹ para juntar outros modos de estruturar o poder na empresa¹⁸⁰, de maneira mais geral, a oportunidade de um caminho que deve ser democrático.

Os direitos sociais além do aspecto de imparcialidade ressaltado por Rosavallon, uma dimensão reflexiva. É claro que os parlamentos são eleitos pelo povo, mas sua representatividade é sempre discutível. Os direitos humanos estão presentes em muitas constituições. A vantagem disso é que elas permitem novas formas democráticas que não se limitam à esfera do estado.

Segundo Rousseau, para que ocorra, a qualidade democrática do sistema depende da organização de dois espaços institucionais e de sua articulação, tendo em vista que o controle da constitucionalidade é o elemento que realiza o projeto de representação democrática instituindo um sistema político baseado em dois espaços institucionais: “a instituição que permite que os representantes votem a lei – o Parlamento – e a instituição que permite aos cidadãos demandar contra a lei com base

¹⁷⁹ CHAMPEIL-DESPLATS, V. **Constitutionalization outside of the State ?**, in J.-P Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac (dir.), **Multinationals and the constitutionalization of the world power system**, Routledge, 2016, p. 157, spéc p. 159 : « links between the State form and the concepts of constitution and constitutionalization are very close ».

¹⁸⁰ TEUBNER, G. **Reflections on the constitutionalization of the World Power System**. *Ibid.*, pp. 123-134.

na Constituição – a jurisdição constitucional”¹⁸¹. Isso nos permite pensar em uma contra-democracia, segundo Rousseau na Democracia contínua.

A questão dos direitos sociais traz à luz dois fenômenos. **O primeiro fenômeno é o elo entre a questão social e a questão constitucional.** Na França, as recentes demonstrações de "coletes amarelos" são a melhor prova. Começaram com demandas sociais para a melhoria dos salários e das condições de trabalho, para a redução das desigualdades sociais e fiscais e, muito rapidamente, lideraram os coletes amarelos para levantar a questão constitucional. Hoje, a sua principal exigência é que um referendo de iniciativa cidadã permita que os cidadãos participem na elaboração de leis, que demitam um funcionário eleito que não respeita o seu programa, que revogue uma lei ou um tratado. A questão social tornou-se gradualmente uma questão constitucional.

A conexão é lógica. Direito do trabalho, liberdade de associação, direito à saúde, direito dos trabalhadores de participarem da gestão da empresa, todos esses direitos são geralmente reunidos sob a categoria constitucional de "direitos sociais" ou "reivindicações de direitos" porque são direitos da sociedade no estado. São direitos que exigem intervenção do Estado para definir e conduzir políticas públicas destinadas a lhes dar consistência e realidade. O Estado deve intervir no mercado de trabalho para satisfazer o direito de todos de obter um emprego; deve proporcionar benefícios sociais e familiares para proporcionar aos trabalhadores e suas famílias as condições necessárias para o seu desenvolvimento; deve ainda organizar a educação pública para garantir o acesso à educação e cultura para todos. Em outras palavras, a questão social leva naturalmente à questão da organização constitucional dos poderes para saber quem define, onde se define e como se define uma política pública.

Max Weber analisara minuciosamente as consequências do surgimento dos direitos sociais na forma constitucional do Estado. Ele havia observado ou previsto quatro grandes mudanças. Em primeiro lugar, o declínio da lei daria aos parceiros sociais a responsabilidade de negociar e determinar as regras aplicáveis num determinado setor de atividade; a lei só daria sua unção a padrões desenvolvidos em

¹⁸¹ ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie.** Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

outros lugares que não no Parlamento e, assim, perderia sua qualidade como regra geral construída pela prática do procedimento parlamentar. Então, a lei torna-se um mero instrumento de fazer um programa político e, portanto, perde sua qualidade racional em conformidade com os valores morais e políticos de maiorias parlamentares que se sucedem. Terceira modificação, ainda de acordo com Max Weber, a transição de um direito difícil para uma lei branda. Depois de negociações entre os parceiros sociais, previstos na lei, a norma social negociado é um padrão flexível, turva que já não é capaz de cumprir o seu papel de ligação da Administração e Justiça. Portanto, não sendo mais exigida por lei, a Administração e a Justiça adquirem uma liberdade de decisão, isto é, uma faculdade de decidir de seu "próprio programa" e não mais de programa da lei. Finalmente, quarta alteração, estabilidade jurídica é menos seguro desde que os direitos sociais evoluam e mudem sob pressão de sindicatos, associações e movimentos sociais perturbando a consistência e segurança tradicionalmente esperado pelo direito.

Este diagnóstico de deformalização do direito provocado pela questão social exposto por Max Weber no início do século XX está amplamente confirmada pela evolução subsequentes do papel do Estado e, em particular, o papel das várias instituições, como mostrado por nesta tese: o declínio do Parlamento se transformou em leis selo de borracha preparadas por discussões entre o governo e os parceiros sociais, a generalização do processo contratual, reconhecimento institucional dos parceiros sociais e do poder crescente dos juízes.

Se esse diagnóstico é correto e empiricamente verificado, é necessário buscar a forma constitucional que esse estado de direitos sociais poderia assumir, qual nova instituição poderia expressar essa preocupação social, qual tradução institucional dada à questão social. Precisamente, a forma "contínua" da democracia afirma a capacidade normativa da sociedade civil e, portanto, a necessidade de dar-lhe uma instituição para expressá-la. "As idéias mais belas morrem de não encontrar o veículo", escreveu Chateaubriand. O Terceiro Estado era tudo na sociedade, mas nada na ordem política e tornou-se algo apenas impondo a criação de uma instituição que o expressasse: a Assembléia Nacional. Da mesma forma, os territórios têm sua assembléia com o Senado. Mas não "forças vivas", de acordo com uma expressão antiquada, mas que identifica o que ela quer designar. As forças que fazem um país

viver hoje no século XXI são trabalhadores, gerentes e empreendedores; as forças que fazem um país bem-sucedido estão em empresas, bancos, serviços públicos; as questões vitais para um país são a produção e distribuição de riqueza; as questões vitais são econômicas, ecológicas e sociais. Todas essas forças não têm montagem. E essa falta pesa na determinação do interesse geral em que todas essas questões são tratadas pela assembleia política que necessariamente as aborda do ponto de vista eleitoral, concretamente, de acordo com os interesses eleitorais dos representantes eleitos locais. Se os assuntos econômicos, sociais, financeiros e ecológicos se tornaram a questão social do século XXI, aqueles que trazem esses "assuntos" para a vida devem ter visibilidade institucional. Seria inútil adicionar direitos aos direitos existentes "para agradá-los". Para que essas forças vitais se tornem visíveis, é necessária uma assembleia para apresentá-las, para elevá-las no palco público e para dar-lhes uma voz deliberativa no debate político que contribua para a expressão do interesse geral.

Em vista dos princípios constitutivos da democracia contínua, essa assembleia social teria dois méritos. Teria direito à dupla identidade das pessoas, as pessoas-corpo-política, a dos cidadãos abstratos, visíveis por e na Assembleia Nacional e as pessoas-corpo-sociais, a dos cidadãos concretos que se realizam em suas atividades profissionais e sociais, visível na Assembleia Social. Três princípios devem inspirar a sua formação. O primeiro é o reconhecimento de um poder deliberativo semelhante ao da Assembleia Nacional. O poder consultivo não é suficiente. Pior: é perigoso porque promove o corporativismo. Desde que ela sabe que tem que fazer apenas recomendações ou dar opiniões sobre contas, ela dá rédea solta à expressão dos interesses particulares dos grupos que a compõem. Pelo contrário, ao participar na votação das leis, ela abandona esta postura "fácil" de emitir desejos e vontades pelo trabalho "difícil" de arbitragem entre vários interesses e trocas sobre a elaboração das leis. Um poder consultivo enfraquece uma assembleia, um poder deliberativo a capacita. O segundo princípio é a adoção de um procedimento deliberativo transversal pela constituição de comissões temáticas, que seriam atendidas por representantes de todos os grupos sociais, a fim de evitar o corporativismo quando cada grupo social tem "sua" comissão e faz prevalecer "seu Interesse". O último princípio é a escolha de um modo de eleição dos membros desta assembleia que leva em conta as forças

produtivas na vida econômica e social, os grandes setores de atividades - cultura, biotecnologia, consumo, ... - e formas em Essas forças e atividades foram organizadas - sindicatos, associações, cooperativas, etc. A escolha do sistema de votação depende da inclusão da Assembléia Social no cenário institucional da democracia contínua.

O segundo fenômeno destacado pela questão dos direitos sociais é o elo entre a questão social e o transconstitucionalismo. A OIT definiu os princípios da boa governação para todos Constituição válida afirma: O diálogo social inclui todos os tipos de negociação, consulta ou simplesmente troca de informações entre representantes de governos, empregadores e trabalhadores de várias formas, em assuntos relacionados com a política econômica e social de interesse comum. Ele pode assumir a forma de um processo tripartido o governo participa formalmente ou bipartidos relações entre líderes sindicais e empresariais (ou sindicatos e organizações de empregadores), onde o governo pode, eventualmente, intervir de forma indireta. Os processos de diálogo social podem ser informais ou institucionalizados ou envolver - o que é frequentemente o caso - essas duas características. Pode acontecer a nível nacional, regional ou empresarial. Pode ser interprofissional, setorial ou ambos. O principal objetivo do diálogo social como tal é encorajar a formação de um consenso entre os principais atores do mundo do trabalho, bem como sua participação democrática. As estruturas e processos de um diálogo social frutífero podem abordar importantes questões econômicas e sociais, promover a boa governança, promover a paz e a estabilidade social e estimular a economia.

Os direitos sociais são constitutivos de um Ser histórico transnacional, na medida em que expressam as mesmas necessidades, as mesmas exigências, as mesmas exigências de um estado para outro. Alguns consideram que as diferenças culturais, demográficas, religiosas, econômicas e políticas impedem a existência de um Ser histórico transnacional. Mas, como tal, logo seria impossível falar de um ser histórico francês ou de um ser histórico brasileiro em termos de práticas sociais que às vezes variam muito em todo o país. Exceto para definir a sociedade como uma reunião de clones, a diversidade e até as diferenças não excluem a sociedade; é contrário à condição porque a sociedade está sempre associar com ninguém, mas por

ser com estes outros interesses, princípios, valores que podem ligar. O Ser histórico de uma sociedade é construído amarrado por princípios comuns às diferenças que a atravessam.

A lei pode ser em sua própria ordem, um instrumento para medir a relevância desse nome. Ao ler cada uma das constituições, a diversidade e peculiaridade da história política de cada estado aparecem; mas, ao mesmo tempo, cada constituição estabelece os mesmos direitos, os mesmos valores, os mesmos princípios e muitas vezes nos mesmos termos: igualdade e especialmente entre homens e mulheres, liberdade individual, liberdade de opinião, direito de propriedade, liberdade, a união. Que os povos compartilham assim os mesmos direitos significa que além das histórias particulares que os fizeram eles podem se reunir em torno dos mesmos valores, em torno da mesma concepção social e conseqüentemente a mesma concepção constitucional.

Sem dúvida, essas tradições constitucionais comuns não excluem que esses direitos tenham traduções legislativas ou jurisprudenciais, dependendo da cultura de cada país; mas há também estudos de direito comparado sobre a implementação de um determinado direito constitucional que emerge de fortes convergências. As diferenças existem e continuarão a existir; mas os homens são hoje socializados por uma herança comum de valores fortes o suficiente para constituir o arcabouço da existência dessas diferenças e para produzir uma dinâmica que permita manter a existência de um Ser histórico transnacional.

Há vários anos, todos questionam a relevância dos princípios constitutivos do direito constitucional: o Estado-nação, a soberania, as fronteiras, a hierarquia de fontes e normas, o indivíduo, o interno e o externo. Tudo "que era auto-evidente" é questionado e os constitucionalistas questionam a identidade de sua disciplina, mergulham em sua história e se perguntam se sua continuação não envolve uma revolução paradigmática. Emocionante questionamento na medida em que põe em discussão uma das condições de possibilidade de um possível direito constitucional global futuro: se deve existir, passará pelo canal dos padrões constitucionais sociais transnacionais que abre a conclusão sobre três reflexões.

Primeiro, uma reflexão sobre o próprio termo "*standart*". Se isso significa "princípio geralmente compartilhado e reconhecido", a questão das modalidades da

descoberta dessa generalidade compartilhada é obviamente de suma importância. Uma das pistas possíveis é a que foi aberta pelo recente trabalho de uma geração mais jovem de historiadores que redesenha uma "História Conectada", tendendo a compreender a história, mantendo pontos de vista mais diversos do que os dos europeus ou ocidentais, como o Em particular, o livro de Romain Bertrand, "Histoire à part égales"¹⁸², é ilustrado. Este trabalho pode ser uma forma de os juristas descobrirem padrões constitucionais transnacionais sob a égide da "lei conexa", isto é, um direito que teria a vantagem de contatos e circulação de conceitos. Padrões não seriam buscados pela justaposição de sistemas jurídicos apresentados como perenes ou em um "modelo", apresentado como universal e, portanto, deveria ser aplicado a todo o sistema constitucional global. Eles seriam construídos pela conexão de redes constitucionais.

Então, uma reflexão sobre o termo "global". Para que haja um padrão constitucional transnacional, deve haver um espaço constitucional global. No paradigma clássico do direito constitucional e do direito internacional, que é estruturado em torno dos princípios do Estado e da soberania, argumenta-se frequentemente que esse espaço é impensável. Errado. Pois, sem ter que mudar o paradigma, permanecendo dentro do regime clássico de inteligibilidade constitucional e internacional, é permissível hipotetizar um espaço constitucional global. Os três elementos normalmente retidos pelos juristas para identificar uma ordem legal estão, de fato, presentes: um território (o planeta), um povo (humanidade) e um poder legítimo sobre esse território para essa humanidade (ONU e suas instituições, incluindo a Corte Internacional de Justiça). Nesse espaço constitucional global, padrões constitucionais transnacionais podem emergir da conexão de redes constitucionais nas quais participam múltiplos atores, públicos, associativos e privados.

Finalmente, uma reflexão sobre o significado de "constitucional". Demasiadas vezes, a relação entre o direito constitucional e o direito internacional encerra o dilema de "constitucionalizar o direito internacional" ou "internacionalização do direito

¹⁸² BERTRAND, Romain. **L'Histoire à parts égales. Récits d'une rencontre Orient-Occident (XVIe-XVIIe siècles)**, Paris: Seuil, 2011.

constitucional". Esta apresentação não é ou não é mais relevante na situação atual. A questão hoje é a do surgimento de uma harmonização do caos global. Houve a época em que a lei colocou em ordem o caos local; então um tempo quando ele procurou construir relacionamentos entre diferentes ordenações locais (este é o tempo dos relatórios do sistema). Atualmente é o momento em que a lei pensa global e, portanto, não pensa mais em termos "internos" ou "externos", mas em termos da ordem do global. E se é verdade que a constituição é o instrumento do ordenamento jurídico do caos, o ordenamento jurídico do global é feito no vocabulário constitucional. Portanto, se existe uma ordem legalmente global, há uma constituição global ou um monismo constitucional. E padrões constitucionais sociais são um dos elementos.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil**: uma estratégia de ação baseada no diálogo social. Organização Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2015.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. **La modulation du temps de travail**: regard sur une validation constitutionnelle. Semaine Sociale Lamy, nº 1534 du 16 avril 2012.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, nº 5, p. 604-615, mai/2007.

ANTONMATTEI, P. H. **Négociation collective**: une bonne nouvelle et une mauvaise. Droit social. 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. Livro VI, Cap. II.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro jul./set.2006, v. 1, n. 3.

BARRETO, T. da R. **Trabalhadores informais e desempregados: a precarização como homogeneização “sui generis”** na formação dos “sem emprego”. Salvador: UFBA, 2005. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal da Bahia, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará p. 22. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>, Acesso: 04 jan. 2019.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARTHELEMY, J. CETTE G. **Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel**. Droit Social, 2006.

BARTHÉLÉMY, J. **Loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2014**: le Conseil constitutionnel et la réduction des cotisations sociales des bas salaires. Droit Social, 2014, p. 867.

BAUDUIN, B. **Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel.** *RDT*, septembre, 2017.

BAUGARD, D., GRATTON, L. **Les accords de préservation ou de développement de l'emploi:** premier regard conventionnel et constitutionnel. *Droit Social*, 2016. p. 745.

BAYNES, Kenneth. **La démocratie délibérative et la régression des problèmes:** réponse à Michelman. *L'écolier moderne*, Vol. 74, 1997, p. 331-336.

BÉRILLE, Luc, PILLIARD, Jean-François. **Le développement de la culture du dialogue social en france.** Disponível em: <https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2016/2016_04_culture_dialogue_social.pdf> Acesso em: 04 jan. 2019

BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho.** Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

BERNAUD, V. **Réforme du dialogue social:** faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations? *Droit social*, 2007, p. 174.

BERTRAND, Romain. **L'Histoire à parts égales.** Récits d'une rencontre Orient-Occident (*XVIe-XVIIe siècles*). Paris: Seuil, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 199.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONNET, J. et GAHDOUN, P.-Y. **La question prioritaire de constitutionnalité.** PUF, 2014.

BOURDIEU, P. **Contrafogos:** Táticas para enfrentar a visão neoliberal. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998.

BOURDIEU, Pierre. **La vertu civile.** *Le Monde*, 16 de setembro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BRINZ; Apud BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.

CANUT, F. et GÉA, F. **Le droit du travail, entre ordre et désordre** (seconde partie). *Dr. soc.*, 2017.

CARNAP, Rudolf. **The Logical Sintax of Language**. London: Smeaton, 1937.

CASSAR, Vólia Bomfim. **CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método. 3ª ed., 2018.

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes. 1998.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTORIADIS, Cornelius. **Les carrefours de Labyrinthe II: Domaines de L'homme**. Paris: Seuil, 1986.

CICÉRON. **La République**. Paris: Gallimard, 1994.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMBEXELLE J.-D., Lanouzière H. **Les enjeux de la recodification du Code du travail**. *Droit Social*, nº 5, mai, 2007.

COMBEXELLE, J.-D. **La négociation collective, le travail et l'emploi: Rapport au Premier ministre**. France Stratégie, 2015, p.40; Disponível em: <<http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2015/09/rapport_combrexelle.pdf>>. Acesso: 20 ago. 2018.

Cons. Const., 06 de novembro de 1996, nº 96-383 DC, *Negociação Coletiva*, Cons. 8.

Cons. const., 14 de maio de 2012, nº 2012-242 QPC, *Associação Vida tempo*, contras. 10.

Cons. Const., 16 de agosto de 2007, nº 2007-556 DC, supra, contras. 11; Cons. Const., 7 de agosto de 2008, nº 2008-569 DC, supra, contras. 9.

Cons. Const., 16 de agosto de 2007, nº 2007-556 DC, supra, contras. 29; Cons. Const., 15 de março de 2012, nº 2012-650 DC, *Lei sobre a Organização do Serviço de Passageiros de Companhias Aéreas de Passageiros e Informações*, Cons. 7 e 9.

Cons. Const., 16 de agosto de 2007, nº 2007-556 DC, supra, contras. 29; Cons. Const., 15 de março de 2012, nº 2012-650 DC, supra, contras. 9.

Cons. const., 17 de junho de 2011, n ° 2011-134 QPC, *União Geral dos Servidores Públicos CGT e a.*, cons. 15 e contras 18 .

Cons. Const., 25 de julho de 1989, nº 89-257 DC, *Prevenção de Despedimentos* , Cons. 26.

Cons. const., 27 de setembro de 2013, n ° 2013-345 QPC, *National Union Air France Grupo CFTC* , cons. 6.

Cons. const., 7 de outubro de 2010, n ° 2010-42 QPC, prev . , contras 6. Veja também Cons. const., 2010-63 / 64/65 QPC, 12 de novembro de 2010, *CFTC Federação Nacional dos Sindicatos Metalúrgicos* .

Cons. const., 7 de outubro de 2010, n ° 2010-42 QPC, prev . , contras 6. Veja também Cons. const., 2010-63 / 64/65 QPC, 12 de novembro de 2010, *CFTC Federação Nacional dos Sindicatos Metalúrgicos* .

Contras Const., 20 de julho de 1988, n ° 88-244 DC, *Lei da Anistia* , Cons. 24.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A.,1961.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 123.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE MUNCK, Jean; DIDRY, Claude; FERRERAS, Isabelle et JOBERT, Annette. **Renewing Democratic Deliberation in Europe The Challenge of Social and Civil Dialogue**. Bruxelles: P.I.E. Peter Lang, 2012.

DEAKIN, S. & MORRI, G.S. **Labour Law**. 3^oéd. Londre: Butterworths, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTR, 2006.

DESPAX, M. Les paradoxes de la négociation d'entreprise. In: **Les transformations du droit du travail**: études offertes à Gérard Lyon-Caen. Paris: Dalloz, 1989.

DESPAX. M. **De l'accord à la loi**. Dr. soc. 1987.

DINAMARCO, Cândido R. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 116.)

DOCKES, E. et AUZERO, G. **Droit du travail**. 30 éd. Paris: Dalloz, 2015, p. 1385, §1391.

DOCKÈS, E. **Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?**. Dr. Ouvrier, 2015.

DOKÈS, Emmanuel et Gilles Auzero. **Un classique du droit social: Droit du travail** de Jean Pélissier, Intitulé complet: Liaisons sociales magazine, N° 138, janvier 2013.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. **La Civilisation des mœurs**. Paris: Calmann-Lévy, 1973; Id., **La Dynamique de l'Occident**, Paris: Calmann-Lévy, 1975.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FABRE, A. **Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises**. Dr. ouvr., 2018. p. 441-449.

FASSBENDER, B. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 36, n. 3, pp. 529-619. New York: The Columbia Journal of Transnational Law Association, 1998.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008a.

GAHDOUN, Pierre-Yves. **La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel**. Paris: Ed. Dalloz, Coleção: New Thesis Library, 2008.

GAMILLSCHEG, F. **Kollektives Arbeitsrecht München**. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

GARRIGOU, A. **Histoire sociale du suffrage universel en France (1848-2000)**. Paris: Seuil, 2002.

GAUDU, F. & VATINET, R. Les contrats du travail: Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux. In: GHESTIN, J. **Traité des contrats**. Paris: LGDJ, 2001.

GAURIAU, B. **La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle**. Semaine juridique social, n° 22, 29 mai, 2012.

GÉA, F., CANUT, F. **Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)**. Dr. soc., 2017.

GIRARD, P. **Manuel de droit romain**. Paris, Rousseau, 5° éd. 1911.

GODOY, D. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 76, n. 4, p. 110-115, out./dez. 2010.

Groupe Revue Fiduciaire. **Réforme du code du travail: Analyse. Ordennances Macron et code consolide.**, 1 ed. Paris: Les Guides RF. 2018.

GUIOMARD, Frédéric, M. Revue de droit du travail 2015, p. 164.

HABERMAS, J. **Le paradoxe de l'état de droit démocratique**. Paris: Gallimard. 1997.

HABERMAS, J. **Théorie et pratique**. Paris: Payot, 1975.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l'agir communicationnel**. Paris: Fayard, 1987.

HAROUEL, J.-L.; TEBOUL, G. et TOURNAFOND, O. Le droit des contrats réformé par ordonnance? In **Recueil Dalloz**, 2014.

HIRATA, H; PRÉTECEILLE, E. **Trabalho, exclusão e precarização socioeconômica: o debate das ciências sociais na França**. Caderno CRH, Salvador, n. 37, p. 47-80, jul./dez. 2002.

RIVERO, J. **Des juges qui ne veulent pas gouverner**. In: Le Conseil constitutionnel et les libertés, Economica, 1987.

JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A. Suprématie de la Constitution et droit social. In: TROPER, M. et CHAGNOLLAUD, D. (dir.). **Traité international de droit constitutionnel**, Tome 3, Dalloz, Coll. Traités, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 09.

KRISTIN, C. et BRIDGFORD, J. **Social Dialogue: A manual for trade union education**. Genève: International Training Center of the International Labour Organization. 2012. Disponível em: <<<http://www.lpsk.lt/lpsk-web/wp-content/uploads/2014/06/Social-dialogue-manual.pdf>>> Acesso em: 03 set. 2018.

LACORDAIRE, J. B. H.D. **Conférences de Notre-Dame de Paris**. Paris: Sagnier et Bray, 1848

LANDRÉ, Marc. Malgré la loi travail, les Français ont moins fait grève en 2016. Paris, **Le Figaro**, 18/01/2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/social/2017/01/18/20011-20170118ARTFIG00018-malgre-la-loi-travail-les-francais-ont-moins-fait-greve-en-2016.php>>. Acesso em: 07/07/2017.

LE GOFF, J. Le droit du travail, terre d'élection de la complexité. In: DOAT, M.; LE GOFF, J. et PEDROT, P. (dir.). **Droit et complexité: pour une nouvelle intelligence du droit**. PUR, 2007, pp. 103-133.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002. p 69.

LEFORT, Claude. **Les formes de L'histoire**. Paris: Gallimard, 1978.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Loureiro e Maria L. Loureiro. Apresentação de Marilena Chauí. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. **Desafios da escrita política**. Tradução de Eliana de M. Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

LEFORT, Claude. **Le travail de l'oeuvre Maquiavel**. Paris: Gallimard, 1972.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

PIERRE, Legendre. **Legendre Pierre na France Culture** (entrevista em áudio). Disponível: << <http://paris4philo.over-blog.org/article-14600902.html>>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

LINHART, Lire, Danièle. **Imaginer un salariat sans subordination**. Le Monde diplomatique, juillet 2017.

Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

LOKIEC, P. **Vers un nouveau droit du travail ?**. D. 2017.

LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio: do positivismo jurídico à função do direito. In. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. XX.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LYON-CAEN, Antoine. **Revue de Droit du travail**. Juin. 2013, p. 295.

LYON-CAEN, G. **La Constitution française et la négociation collective** (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit «non prévenu»). Dr. Ouv., 1996, p. 479.

LYON-CAEN, G. Le droit du travail au futur antérieur. In: **Analyse juridique et valeurs en droit social**: mélanges en l'honneur de Jean Pélissier. Dalloz, 2004, p. 367.

MANIN, B. **Principes du Gouvernement Representatif**. Paris: Flammarion, 1996.

MORIN, M.-L. **Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit**. Paris: LGDJ. 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.

Notícias do TST. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445> Acesso em: 05 janeiro de 2019.

ODOUL-ASOREY I. **Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel**. Dr. ouvrier, 2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegri; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

PATI, Camila . **TST já resolveu estas polêmicas da Reforma Trabalhista, mas poucos sabem**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/tst-ja-resolveu-estas-polemicas-da-reforma-trabalhista-mas-poucos-sabem/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

PELLOUX, R. **Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**. *RDP*, 1947, p. 390.

PETER, Auer. **La reprise de l'emploi en Europe L'exemple de l'Autriche, du Danemark, de l'Irlande et des Pays-Bas**. Genève: Bureau International du Travail. 2002.

PRÉTOT, X. **Les bases constitutionnelles du droit social**. *Dr. soc.*, 1991, p. 187.

RADÉ, C. **La loi négociée: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale?** *Droit ouvrier*, 2010.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

RAY, J. **La nécessaire métamorphose du droit du travail?** *Commentaires*, n° 153, printemps 2016, pp. 129-138

RAY, Jean- Emmanuel. **La place de la négociation collective en droit constitutionnel**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-de-la-negociation-collective-en-droit-constitutionnel#NOPAC2014-45-002-ntb-008>>, Acesso em: 03 set. 2018.

RENÉ, David. **Le droit comparé: enseignement de culture générale**. *RIDC – Revue internationale de droit comparé*, Vol. 2, n. 4, 1950, p. 682-685.

REUTERS, Le Monde. Folha de São Paulo. **Apesar de protestos, Macron aprova reforma trabalhista na França**. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1920875-apesar-de-protestos-macron-aprova-reforma-trabalhista-na-franca.shtml>>. Acesso em: out. 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 15.

RICŒUR, Paul. “**L’acte de juger**”. *Esprit*, julho de 1992.

RICHARD, J. et PASCAL A. **Pour le renforcement de la légitimité de l’institution prud’homale**: quelle forme de désignation des conseillers prud’hommes? avril 2010, Disponível em: <<http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/VF_rapport_200510__2_.pdf>> Acesso em:

ROCHA, L. S. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**, In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, no. 2 2013, julho-dezembro. (ISSN: 2175-2168).

ROCHA, L. S. **Paradoxos da auto-observação percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí. 2013.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, L. S. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Contribuição sindical**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5476, 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67263>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

ROSANVALLON, M. Pierre, professeur. **Cours: Les institutions de l’intérêt general. Histoire moderne et contemporaine du politique**. Imprimerie CHIRAT. UN26 21-01-2008.

ROSANVALLON, P. **A nova questão social: repensando o Estado-providência**. Brasília, DF: Instituto Teotônio Vilela, 1998 (Original de 1995).

ROSANVALLON, P. **La démocratie est structurellement inachevée**. In: La Démocratie. Histoire, théories, pratiques, éditions sciences Humaines, automne. 2010. p. 303-316.

ROSANVALLON, P. **La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple em France**. Paris: Gallimard. 2000.

ROSANVALLON, P. **Le sacre du citoyen: histoire du suffrage universel en France**. Paris: Gallimard, 1992.

ROSANVALLON, P. **Legitimidade Democrática. Imparcialidade, Reflexividade, Proximidade.** Princeton University Press, 2011.

ROSANVALLON, P. **Para uma história conceitual de política.** São Paulo: Alameda. 2010.

ROSANVALLON, P. **The Metamorphoses of democratic Legitimacy** Constellations, Oxford (grande-bretagne), vol. 18 n° 2, juin 2011, p. 114-123.

ROSANVALLON, Pierre. **L'âge de l'autogestion.** Paris: Éditions du Seuil, 1976.

ROSANVALLON, Pierre. **La Autogestión.** Madrid: Editorial Fundamentos, 1979.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie:** la politique à l'âge de la défiance. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimité démocratique:** impartialité, réflexivité, proximité. Paris: Éditions du Seuil, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux.** Paris: Éditions du Seuil, 2011.

ROSANVALLON, Pierre. **Le peuple introuvable:** histoire de la représentation politique en France. Paris: Gallimard, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. **Le sacre du citoyen:** histoire du suffrage universel en France. Paris: Gallimard, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político.** São Paulo: Alameda, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'État-providence.** Paris: Éditions du Seuil, 1984.

ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée:** histoire de la souveraineté du peuple en France. Paris: Gallimard, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. **Le Bon Gouvernement.** Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **Le Modèle politique français.** Paris: Seuil, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **Le Parlement des invisibles.** Paris: Seuil. 2014.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M.-N. **De la norme conventionnelle à la norme étatique:** une articulation complexe. *JCP éd. S.*, 2014.

ROUSSEAU, D. **La démocratie continue.** Paris: Bruylant. 1995.

ROUSSEAU, D. **Les Gilets Jaunes:** crise politique ou crise de régime? Disponível em: <<<https://aoc.media/opinion/2018/12/11/gilets-jaunes-crise-politique-crise-de-regime/>>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015. *In*: CONDORCET, Rapport de, 15 de fevereiro de 1793, A. P., t. LVIII, p. 583; e a proposição de Hérault de Séchelles, 24 de junho de 1793, A. P., t. LXVII, p. 139.

ROUSSEAU, D. seminário "Constituição e democracia" no decorrer de Pierre Rosanvallon, Collège de France, abril de 2008.

ROUSSEAU, D. *Une réssurrection, la notion de constitution*, RDP, 1990, p. 5, et *La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel*, le débat, oct. -nov. 1997.

ROUSSEAU, D. **La Question Prioritaire de Constitutionnalité**. Paris: Gazette du Palais, 2012.

ROUSSEAU, D. **Droit constitutionnel**, Montchrestien, Pages d'Amphi. 1^{re} éd. 480 pages (manuel coécrit avec Alexandre Viala), 2004.

ROUSSEAU, D. **Droit du Contentieux Constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 2010.

ROUSSEAU, D. **Exercices pratiques, droit constitutionnel**, Montchrestien, 360 pages, 1998.

ROUSSEAU, D. **La Démocratie Continue**. Paris: LGDJ, 1995.

ROUSSEAU, D. **La justice constitutionnelle** en Europe, Montchrestien, 3^e édition, 1998, 160 pages, traduit en polonais (1999) et en espagnol (2002).

ROUSSEAU, D. **Les Grandes Décisions de la Question Prioritaire de Constitutionnalité**. Paris: LGDJ, 2013.

ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015.

ROUSSEAU, D. **Sur le Conseil constitutionnel** : la doctrine Badinter et la démocratie, Descartes & C^{ie} (200 pages) 1997 (prix Paul Meurand). Cf. par la revue *Le Banquet* (revue du CERAP), n^o 11, 1997/2.

ROUSSEAU, D. **Une réssurrection, la notion de constitution**. *RDP. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1990.

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. Paris: Lextenso, 2012.

RUFFIA, P. B. di. **Introduzione al diritto comparato**. vol. 1, Milano : Giuffrè, 1988, p. 79-81.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das Relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. *Revista Espaço Jurídico*, v.12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 325-344.

SARMENTO, Daniel. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

SAUVE, J.-M. **La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes**. Droit social, 2010, p. 489.

SAVY, R.. **La Constitution des juges**. D., 1983, chron. p. 105.

SCHMITT, Carl. **Parlementarisme et démocratie**. Paris: Seuil, 1988.

SCHMITT, Carl. **Théorie de la Constitution**. Paris: PUF, 1993.

SCHÖMANN, Isabelle. **Réformes nationales du droit du travail en temps de crise**: Bilan alarmant pour les droits fondamentaux et la démocratie en Europe. , Revue Interventions économiques. le 01 mars 2015. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/2437>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

SIEYES, Emmanuel. Sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale. In: Furet, François; Halévi, Ran (dir.). **Les Orateurs de la Révolution française**. Paris: Gallimard, 1989, p. 1026-1027.

SIQUEIRA NETO, J. F. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 76, n. 4, p. 96-104, out./dez. 2010.

SUPIOT, A. **A grandeza e a miséria do estado social**. Coleção: Lições Inaugurais. Paris: Collège de France, 2013.

SUPIOT, A. **Délégation, normalisation et droit du travail**. *Droit social*, 1984.

SUPIOT, A. **La Contractualisation de la Société**. Conférence du 22 février 2000. Disponível em: <<<https://www.college-de-france.fr/media/alainsupiot/UPL7487404529511809532>>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

SUPIOT, A. **La loi larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Droit Social. 2010.

SUPIOT, A. **Revisitando os direitos da ação coletiva**. Droit Social, 2001, p. 687.

SUPIOT, A. **La contractualisation de la société par Alain Supiot**. Disponível em <<<https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL7487404529511809532> La contractualisation de la société .pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SUPIOT, A. **Grandeur et misère de l'Etat social**. Collège de France / Fayard, 2013.

SUPIOT, A. **La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative**. Droit social, 2010.

SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Fayard: Paris, 2015.

TARASEWICZ, Y.; COULOMBEL, E. et SACHS, T. **Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement?**. RTD 2016, p. 662.

TEIXEIRA, A. V. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 3, n. 3, 2016, p. 141-166.

TEUBNER, G. **Constitutional fragments**: Societal constitutionalism and globalization. **Oxford**: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, G. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia efetivada através do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011. p. 83-84.

THIBIERGE, C. (dir.) **La force normative**. Naissance d'un concept. LGDJ-Bruylant, 2009.

THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions**: Social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

TRT/4, Agravo de Petição, Processo nº 0014100-46.1999.5.04.0005, Órgão Julgador: Seção Especializada em Execução, Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, Julgado em: 01/06/2018.

TRT/4, Mandado de Segurança, Processo nº 0020533-17.2018.5.04.0000, Órgão Julgador: 1ª Seção de Dissídios Individuais, Relator: Fabiano Holz Beserra, Julgado em: 23/07/2018.

TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0020094-56.2017.5.04.0027, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relatora: Beatriz Renck, Julgado em: 02/08/2018.

TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0020339-25.2018.5.04.0741, Órgão Julgador: 9ª Turma, Relatora: Lucia Ehrenbrink, Julgado em: 29/10/2018.

TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0020960-19.2017.5.04.0333, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Fabiano Holz Beserra. Julgado em: 18/10/2018.

TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0021161-22.2017.5.04.0103, Órgão Julgador: 6ª Turma, Relator: Raul Zoratto Sanvicente, Julgado em: 27/09/2018.

TRT/4, Recurso Ordinário, Processo nº 0021529-63.2015.5.04.0406, Órgão Julgador: 10ª Turma, Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Julgado em: 28/05/2018.

TRT-1, Recurso Ordinário: 00111433720155010024 RJ, Data de Julgamento: 23/08/2016, Órgão Julgador: Nona Turma, Data de Publicação: 12/09/2016.

TRT-2, Sentença. Processo nº 1000792.72.2017.5.02.0708. Órgão Julgador: 21ª Vara do Trabalho, Juíza: Brígida Della Rocca Costa. Julgado em: 04/12/2018.

V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. **Intepretation and institutions**. Public Law and Legal Theory Working. Paper No. 28. University of Chicago Law School, 2002.

VERMEULE, Adrian. **Foreword**: system effects and the constitution. Harvard Law Review, Cambridge, nov. 2009, n. 123, p. 4.

VÉRAS, Roberto. **O Diálogo Social e a reforma trabalhista e sindical no Brasil**: Debate atual. Editora: Cortez. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/570_Mudan%e7as%20no%20Trabalho1.pdf#page=45> Acesso em: 05 dez. 2018.

VIDAL-NAQUET, A. **Les garanties légales des exigences constitutionnelles**. Paris: Panthéon-Assas. 2007.

VOLLE, Michel. **Anatomie de l'entreprise**. Manucius: Paris, 2017

WEEKS, B. & al. **Industrial Relations and the Limits of Law**. The Industrial Effect of the Industrial Relations Act. 1971, Oxford, Blackwell, 1975, p. 156 s.

WEILER, J. **The Constitution of Europe**: Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration. Cambridge: Cambridge University Press. 1999.

WILLEMEZ, Laurent. **Le travail dans son droit**. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017). Paris: L.G.D.J, 2017. (Collection: Contextes).

YVES, Sintomer. **Petite histoire de l'expérimentation démocratique**: Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours. Paris: La Découverte, 2011