

DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE CRISE: QUAL A MEDIDA DA REFORMA

Nelson Mannrich

Síntese do tema apresentado no 56º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, promovido pela LTr em São Paulo, nos dias 20 a 22 de junho de 2016.

Introdução

O atual Governo Temer anunciou recentemente sua intenção de “atualizar” a CLT, regulamentar a terceirização e dar ao PPE - Programa de Proteção ao Emprego caráter permanente, fustigado por uma das mais graves crises de que se tem notícia. Nos últimos anos, essa proposta esteve fora da agenda do Governo, mesmo porque criou-se ambiente econômico onde, apesar da crise mundial e redução do PIB – Produto Interno Bruto, inacreditavelmente houve aumento do emprego e renda e a reforma poderia ser adiada.

Qualquer proposta de reforma provoca reações de todo tipo e muita resistência, em especial em tempos de grave crise política

e econômica pela qual passa a sociedade brasileira. Todos sabem que estes desajustes têm origem comum: crise ética e grave desconfiância nas instituições, com impacto direto na economia e, por reflexo, no mercado de trabalho. Mas esse ambiente adverso não serve de pretexto para impedir ou dificultar os necessários avanços da legislação trabalhista, como se o legislador, fragilizado, acabasse se rendendo às forças do mercado para prejudicar o trabalhador.

A reforma não é resultado do esforço de uma cabeça iluminada, mas do consenso e do diálogo social. Apesar de aparente utopia e exagerado otimismo, certamente será implantada, da mesma forma como no passado a sociedade se livrou dos efeitos deletérios da inflação, por meio do Plano Real, ou mesmo assistiu à extinção do sistema classista junto à Justiça do Trabalho, quando tudo indicava que deveríamos conviver para sempre com inflação descontrolada, que chegou a mais de 80 % (oitenta por cento) ao mês, ou mesmo com o



Nelson Mannrich

Professor titular de Direito do Trabalho, da USP e advogado. Presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

sistema da representação classista.

Assim, mais que examinar que instrumentos o Direito do Trabalho dispõe para enfrentar crises, o propósito do presente artigo é refletir sobre grandes questões envolvidas na necessária reforma trabalhista e seu difícil processo de mudança.

1. Construir agenda convergente em torno de temas centrais

É natural a divergência e mesmo salutar. Mas em relação a certos temas, a convergência facilita a pavimentação do caminho para a reforma, onde a arte de escutar é fundamental. Segundo o PAPA FRANCISCO, “na capacidade de escutar está a raiz da paz”¹ Para tanto, o debate acadêmico desempenha papel fundamental, despido de visões corporativas ou ideológicas extremadas. Nesse sentido, as observações a seguir.

1.1 Função do Direito do Trabalho

Em seu clássico “Introdução ao Direito do Trabalho”, quando da 9ª. edição, o mestre de todos nós AMAURI MASCARO NASCIMENTO² examinou o tema função do Direito do Trabalho com peculiar inspiração. Nas edições subsequentes, este debate não é mais retomado nesses moldes. Segundo ele, há quatro possíveis respostas para o tipo de valor que o Direito do Trabalho pretende

realizar. De acordo com a primeira, é expressão do protecionismo estatal. Para quem adota essa visão, o Direito do Trabalho corresponde às concessões do estado ao trabalhador, verdadeira dádiva do estado. Algumas garantias chegam a ser exageradas, comprometendo o equilíbrio e harmonia do sistema. De acordo com essa perspectiva, não tem sentido falar-se em reforma trabalhista, “pois o papel das leis trabalhistas seria o de mero instrumento para que o Estado nada altere, mantendo os trabalhadores na condição em que se acham, iludidos com efêmeras medidas de efeitos ilusórios”³.

Há uma segunda resposta: o Direito do Trabalho corresponde à “expressão da vontade opressora do Estado”⁴. Trata-se de instrumento que o Estado se utiliza para sufocar reivindicações dos trabalhadores. Sob a aparência de regular a liberdade, acaba restringindo a autonomia dos grupos, reprimindo qualquer manifestação de poder das organizações dos trabalhadores e possíveis reivindicações. De acordo com essa corrente, são bem-vindas eventuais medidas de restrição à liberdade sindical e atrofiação dos mecanismos de autotutela.

Para uma terceira corrente, por meio do Direito do Trabalho o Estado promove valores econômicos, não se admitindo qualquer vantagem ao empregado sem o correspondente suporte financeiro. Coerente com essa posição, o Direito do Trabalho não passaria de mero apêndice da Economia, renunciando sua função de defesa do trabalhador contra a tirania do patrão, de olho apenas no progresso econômico,

1 PAPA FRANCISCO. L'Osservatore Romano – Ano XLVII, n. 29 (2.423), Cidade do Vaticano, 21 de julho de 2016, p.3.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 9ª. ed. São Paulo, LTr, 1983, p.35.

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. In opcit, p.36.

4 Idem, ib.

mesmo à custa de sacrifícios da classe obreira. Por fim, numa quarta visão, destina-se o Direito do Trabalho a preservar a dignidade do trabalhador, mediante promoção de valores sociais.

Conclui Amauri Mascaro Nascimento que, como expressão do humanismo jurídico, “o Direito do Trabalho é legítima manifestação da ordem jurídica voltada para o homem como medida de todas as coisas”⁵.

Em geral, esse debate é binário e maniqueísta: ou se destina à defesa dos interesses sociais, colocando-se acima de tudo o empregado; ou o Direito do Trabalho está a serviço das empresas e sua função é econômica. Nesse contexto bipolar, dificilmente se chegará a um consenso, pelas posições extremadas, sem espaço para o diálogo.

1.2 Relações entre Direito do Trabalho e Economia

A proteção é da essência do Direito do Trabalho. Segundo OSCAR ERMIDA URIARTE, “o direito laboral é protetor o carece de razón de ser”⁶. Um dos grandes desafios desse ramo do Direito é conciliar eficácia econômica com sua função protetora, na justa medida de sua relação com a Economia. Adverte ANTOINE JEAMMAUD que entre Direito do Trabalho e Economia não se observam relações entre dois saberes (*relations entre deux savoirs*)⁷.

5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. In opcit, p.38.

6 ERMIDA URIARTE, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Montevideo, Cuadernillos de la Fundación Electra, 2011, p. 8.

7 Conf. JEAMMAUD, Antoine. Droit du travail et capitalisme. In Le droit du travail à l'épreuve de l'économie. JEAMMAUD, A.; PÉLISSIER, J., coord. Actes de la “1.e

JACQUES BARTHÉLÉMY e GILBERT CETTE⁸, ao compararem as taxas de desemprego, na França, com diversos países como Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos, entre outros, advertem que o desemprego é maior na França que nos demais países em grande parte por causa de suas instituições que não conseguiram se adaptar ao mercado de bens e do trabalho. Concluem os autores que o excesso de regulamentação, na França, acabou interferindo no funcionamento desse mercado, não que não sejam necessárias, mas quando a interferência é desproporcional, acaba freando o crescimento econômico e contribuindo para o aumento do desemprego. E concluem: “L'idée qu'il ne faut nifaire évoluer le Code du travail n'irréduire son volume a un de laprotection du travailleur relève de positions idéologiques et de l'irresponsabilité”⁹.

As relações entre Direito do Trabalho e Economia sempre provocaram duros embates. Embora ambas as ciências se aproximem em relação ao trabalho como elemento da produção, há muito superou-se a ideia de trabalho como mercadoria¹⁰.

Não poderia o Direito do Trabalho ignorar uma ciência, como a Economia, voltada a fenômenos como produção de riquezas, sua

.....
Journée Gérard Lyon-Caen”, organisée par l'AFDT Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2006.

8 BARTHÉLÉMY, Jacques; CETTE, Gilbert. Réformer le droit du travail. Paris, Odile Jacob – Terra Nova, 2015, p. 10.

9 idem, p. 16. Em tradução livre: “A ideia que não se deve fazer evoluir o Código do Trabalho nem reduzir seu volume em nome da proteção do trabalhador decorre de posições ideológicas e da irresponsabilidade”.

10 Conf. por todos CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Labora, 3ª. ed. Buenos Aires, Editorial Helista S.R.L, 1992, p. 184.

distribuição e consumo, entre outros. Para alguns, e sob a perspectiva marxista, alterações observadas na estrutura econômica refletem-se sobre as normas jurídicas, mero apêndice da Economia. Esta observação estaria ultrapassada, mesmo porque a Economia é anterior ao Direito do Trabalho, e as normas jurídicas também influenciam a estrutura econômica¹¹.

Segundo AMAURI MASCARO NASCIMENTO, de quem retiramos algumas das observações acima, há mútua implicação entre Economia e Direito. Tanto fatos econômicos têm reflexos no Direito do Trabalho - a própria Revolução Industrial atesta isso -, quanto o Direito do Trabalho acaba influenciando fenômenos econômicos. Nesse sentido, aponta o autor algumas leis trabalhistas como as sobre salário e participação nos lucros ou resultados da empresa, entre outras, sendo evidente o impacto das políticas econômicas adotadas pelo Governo na vida do trabalhador¹². Aumento do desemprego e retração dos salários, bem como crescimento negativo do PIB, nada mais são que reflexo dos desacertos das políticas equivocadas dos últimos anos.

1.3 Relações entre princípios constitucionais do trabalho como valor e livre iniciativa

Se, de um lado, o trabalho representa atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam necessidades individuais e coletivas do homem em

sociedade, fornecendo à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna, de outro, também a livre iniciativa corresponde a um dos pilares da República Federativa do Brasil.

Portanto, ao lado do trabalho como valor, encontra-se, igualmente, na base do Direito do Trabalho, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica. Levando-se em conta que a atual Constituição da República se pauta pela realização da justiça social, o lucro a ser perseguido pela livre iniciativa não se justifica por si mesmo, subordinando-se à função social da empresa. É nesse sentido que se deveria interpretar o *caput* do art. 7º, ao vincular direitos assegurados aos trabalhadores na perspectiva da melhoria de sua condição social, servindo de norte ao empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, no contexto da valorização do trabalho.

Caso a livre iniciativa não se compatibilizar com a valoração do trabalho humano, comprometerá a própria ordem econômica. Daí a previsão constitucional de que esta ordem é fundada, simultaneamente, nesses dois valores – intimamente interligados entre si¹³.

No sistema do *laissezfaire*, sob a tutela da “mão invisível”, como idealizado por Adam Smith, plena liberdade econômica e igualdade formal sinalizavam tutela dos direitos individuais, atribuindo caráter quase absoluto à propriedade privada e à autonomia jurídica

11 A respeito, com. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 25ª, ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 300.

12 Idem, p.301.

13 Conf. o quanto já escrevemos a respeito: MANNRICH, Nelson. Reconstrução do Direito do Trabalho. In Os Pilares do Direito do Trabalho. MARTINS FILHO, Yves Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. São Paulo, Lex Magister, 2013, p. 559 e ss.

dos contratantes. Entretanto, especialmente após a Primeira Grande Guerra, a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, de um lado, e reprimir abusos decorrentes do liberalismo, de outro, trouxeram à tona a relativização do dogma liberal, para reconhecer-se a necessidade de intervenção do Estado na regulação da economia. Nesse contexto, insere-se a Constituição da República, de 1988. Em seu Título VII, propõe-se a disciplinar a ordem econômica e financeira, mediante posituação de princípios fundamentais, na construção da denominada “justiça social”.

Por óbvio, a posituação de princípios orientadores da ordem econômica pelo constituinte não modifica a opção política do Estado brasileiro pelo modo de produção capitalista. Entretanto, ciente de que tal modelo leva em conta a busca do lucro, o legislador constituinte fixou parâmetros para adequar a atuação dos particulares na construção do pleno desenvolvimento social.

Entre os principais princípios, descritos, sobretudo no Capítulo I do Título VII, destacam-se o da liberdade de iniciativa econômica e da livre concorrência, corolários da promoção do desenvolvimento econômico, com relevo ainda maior no Direito do Trabalho. Todos conhecem os custos trabalhistas – alguns sequer planejados – e seus impactos no mercado, pelos reflexos no preço do produto final. Certas decisões judiciais e mesmo algumas “orientações jurisprudenciais mais criativas” podem gerar sérios impactos econômicos, podendo até comprometer a saúde financeira da empresa.

Por óbvio, observam-se situações de descumprimento deliberado da legislação trabalhista. Empregadores inescrupulosos acabam se locupletando indevidamente. Essa

redução unilateral de custos gera desequilíbrios no mercado, com prejuízo àquelas empresas cumpridoras de suas obrigações. Deve ser coibida a fraude e punidos os empregadores envolvidos.

Segundo princípios de tutela da ordem econômica, cabe ao Estado regular as relações econômicas de forma a garantir igualdade de condições entre agentes que explorem atividades similares, conferindo efetividade à livre concorrência. Ora, ao exigir cumprimento de determinada obrigação somente por um desses agentes, deixando os demais livres para atuar, certamente o Estado estará interferindo de forma abusiva nas relações de mercado, em manifesta afronta ao princípio consagrado no inciso IV, do art. 170, da Constituição da República.

2. Superar divergências profundas em torno de questões pontuais

As divergências envolvem não apenas questões centrais, como as exemplificadas acima; há questões pontuais, como abaixo será referido.

2.1 Princípios do Direito do Trabalho: prevalece o princípio de proteção na era dos direitos de personalidade, da dignidade e da igualdade?

Sempre se defendeu a autonomia do Direito do Trabalho pelos seus princípios próprios e específicos, como de proteção, da irrenunciabilidade, da condição mais benéfica, entre outros, ao lado de outras evidências que

o distanciaram de sua matriz, o Direito Civil¹⁴. Segundo ANTOINE JEAMMAUD¹⁵, como o Direito corresponde a fenômeno normativo e o que está na CLT não é ciência e sim discurso normativo, o Direito do Trabalho não teria autonomia, ao referir-se ao direito francês.

Na lição de PALMA RAMALHO, o debate em torno da autonomia dogmática envolve a natureza de apenas um de seus fenômenos no plano das relações individuais: o trabalho subordinado e o contrato de trabalho, com vistas à sua emancipação do Direito Civil e é nessa perspectiva que alguns autores insistem na autonomia do Direito do Trabalho. Segundo a professora portuguesa, o Direito do Trabalho tem duas grandes metas: ‘progressividade irreduzível’, somente havendo evolução apenas se o sistema jurídico for mais favorável ao trabalhador; e ‘universalização da proteção’, atingida na medida em que houvesse abrangência generalizada de todos com a plenitude das garantias trabalhistas. E conclui: a radicalização dessas metas contribuiu para a atual crise do nosso sistema, com sérios desvios aos imperativos de justiça que se buscava implantar¹⁶¹⁷.

14 Conf. o quanto já escrevemos em MANNRICH, Nelson. Reconstrução do Direito do Trabalho. In Os Pilares do Direito do Trabalho. MARTINS FILHO, Yves Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. São Paulo, Lex Magister, 2013, p. 567 e ss.

15 O autor foi convidado para um curso de pós-graduação, na Faculdade de Direito, da USP. Durante 10 aulas, desenvolveu o tema Teoria Geral do Direito do Trabalho.

16 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra, Almedina, 2000, p. 8 e 17.

17 Essa questão se agravou ainda mais com a reforma recente da Súmula 277, do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa a possível origem da fragilidade das relações trabalhistas e da fratura que se constata, com uma minoria protegida, titular de privilégios negados à outra expressiva massa de trabalhadores à margem do sistema.

O *socialmente correto* é continuar apostando no *protecionismo*, que se justificou plenamente quando da formação do próprio Direito do Trabalho para encontrar respostas que o Direito Civil não conseguia dar, em face da exploração desenfreada que se observou no início da Revolução Industrial. Nesse sentido, o princípio de proteção acabou servindo de referência para os demais princípios. Protegendo-se o empregado, seria possível reduzir desigualdades e seus efeitos maléficos. Graças a esse marco inicial, o Direito do Trabalho se estruturou e tanto avançou – mas deve-se fazer releitura desses chamados princípios clássicos do Direito do Trabalho tão caros a todos nós, de modo que não valessem por eles mesmos, mas essenciais para conter o poder do empregador no contexto do contrato de trabalho – também não apenas por causa da desigualdade, mas pelo simples fato de que o trabalhador é pessoa humana e cidadão. É possível encontrar novo modelo de relações trabalhistas dando a esses princípios novo vigor e nova dimensão, repensando-os e redimensionando-os à luz dos verdadeiros pilares do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador e o princípio da igualdade, muitas vezes ignorados ou subdimensionados.

A proposta é repensar os fundamentos do Direito do Trabalho, dando aos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, da igualdade e não discriminação sua verdadeira dimensão. Com isso, não se pretende negar

nem excluir o tradicional princípio de proteção nem os demais, mas afirmá-los e revisitá-los, dando-lhes novo impulso e vigor. Observam-se harmonia e complemento entre o princípio da dignidade e igualdade em face dos tradicionais princípios do Direito do Trabalho, também referidos como particularismos.

2.2 Flexibilização: estigma neoliberal?

A flexibilização transformou-se num dos mais instigantes temas do Direito do Trabalho, pelo seu fascínio ideológico, independentemente da dogmática jurídica¹⁸. Não se pode reduzir de forma simplista a flexibilização a sinônimo de precarização das condições de trabalho. Trata-se de questão complexa, denominada por SALA FRANCO dodebate das mil caras¹⁹.

Flexibilização exprime processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista: vincula-se às questões do desemprego, novos processos de administração da produção, entre outros. Por meio dela, a empresa ajusta sua produção, mão-de-obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico.

O Direito do Trabalho, desde sua origem, vem marcado pelo signo da flexibilização. As constantes revisões da legislação trabalhista resultam de ajustes às novas realidades, sendo permanente a oposição e conflito entre o

princípio protecionista e a liberdade de gestão empresarial.

Como facilmente se percebe, o debate sobre flexibilização envolve mudanças a serem promovidas e forma de conciliar a adaptação exigida por imperativos de ordem econômica aos princípios do Direito do Trabalho. Ou seja, no ajuste das normas jurídicas à realidade econômica, como estabelecer limites possíveis ou necessários.

Em razão de seu conteúdo ideológico, a flexibilização não se limita ao campo da dogmática jurídica. Longe de se chegar a um acordo, o impasse resulta do papel que se atribui ao Direito do Trabalho, como acima referido.

A flexibilização das leis trabalhistas não deve ser nem de proteção nem de *desregulamentação*, mas de adaptação. A norma jurídica, para ser justa, deve ter o atributo da adequação ao fenômeno que pretende reger, sob pena de *constituir-se num fator de atraso ou obstáculo para a satisfação do bem comum*²⁰.

De qualquer forma, flexibilização com prioridade exclusiva aos interesses da empresa, voltada tão somente aos valores econômicos, implica considerar apenas o princípio constitucional da *livre concorrência* e priorizar somente o *valor da livre iniciativa*, tornando engodo o *valor social do trabalho* e a *valorização do trabalho humano*. Para tanto, o processo de modernização do sistema de relações trabalhistas não pode subordinar-se às prioridades da reforma econômica, para deixar

18 ROBOTELLA, Luiz Carlos A. O Moderno Direito do Trabalho. S. Paulo, LTr, 1994, p. 93 e ss.

19 SALA FRANCO, Tomas. El debate sobre las políticas de flexibilidad y el derecho del trabajo. *Apud* SAPPÍA, J.J.; FONSECA, H.A.; MEDINA MAILHO, R.E.; PIÑA, M.E. Empleo y flexibilidad laboral. Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 3.

20 PODETTI, Humberto A. Política Social. Buenos Aires, Astrea, 1982. p.25.

a questão social em segundo plano.

2.3 Terceirização – mais que precarização

Terceirização não corresponde a instituto do Direito do Trabalho, mas a técnica de administração, vinculada ao princípio da livre iniciativa e de gestão da empresa.

A responsabilidade prevista na Súmula 331 diverge substancialmente do quanto determina a CLT a respeito. Segundo o art. 455, da CLT, cabe ao subempreiteiro responder pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho de seus empregados. Em caso de inadimplemento, os empregados do subempreiteiro poderão acionar o empreiteiro principal, ressalvada a ação regressiva. O legislador de 1943 não prevê qualquer responsabilidade do tomador dos serviços do empreiteiro principal, por débitos trabalhistas deste, tampouco do subempreiteiro, ao contrário da orientação da Súmula 331.

Terceirização implica duas relações bastante distintas: de um lado, envolvendo empresas contratantes; de outro, seus respectivos empregados. Entre empresas contratantes, os vínculos resultam da celebração de contratos civis de prestação de serviços ou modalidades afins, reguladas pelo Código Civil; entre empregado e empregador, o vínculo é contratual, ainda que o contrato de trabalho não seja celebrado de forma expressa (art. 442, da CLT). Cabe a cada empregador, seja tomador, seja terceirizado, dirigir a prestação pessoal de serviços de seus próprios empregados, sob pena de fraude, nos termos do art. 9º, da CLT. Aplica-se a CLT obrigatoriamente em qualquer hipótese. Não há regime diferenciado de trabalho para terceirizados, como ocorre com representantes

comerciais, estagiários, domésticos, entre outros - ou mesmo com os rurais, cujo regime especial esteve em vigor até há pouco tempo, aos quais agora se aplica a CLT em sua quase totalidade. Ou seja, aplica-se o mesmo regime da CLT, tanto aos empregados do tomador dos serviços, quanto aos dos terceirizados. Inclusive regras envolvendo representação sindical são as mesmas. Em qualquer situação, levam-se em conta a atividade econômica do empregador, não do tomador de serviços. E aqui a questão é dissimulada e encoberta - os sindicatos não assumem que a “guerra santa” que declararam contra a terceirização não é necessariamente pelos prejuízos debitados à sua conta. Ou seja, há indicativos de que o objetivo de parte da organização sindical coloca em segundo plano a melhoria das relações de trabalho, mais de olho em recuperar perdas que a terceirização vem impondo a sua receita sindical.

Como se pode ver, as principais críticas à terceirização – que gera desemprego, que é responsável pela precarização das condições de trabalho, que é principal causa do maior índice de acidentes de trabalho, entre outras tantas graves acusações, não procedem, ou pelo menos são mal formuladas ou mesmo escondem verdadeiros interesses que estão por trás. Ou mesmo correspondem à cortina de fumaça para encobrir outras mazelas do Direito do Trabalho, que preferimos ignorar. Há desemprego sim; temos um modelo de relações trabalhistas dos mais *precarizados*, sem dúvida; ainda o Brasil está no topo da lista dos países com mais acidentes de trabalho, ninguém pode negar. Mas culpar a terceirização por esses e outros desmandos não é racional nem razoável; os argumentos parecem ter mais cunho ideológico ou mesmo outros interesses,

que base científica.

Terceirizar determinada atividade da empresa implica contratar real empregador, que desenvolve certa e determinada atividade econômica por meio de seus próprios empregados, com base no princípio da livre iniciativa. Ou seja, tanto empresas terceirizadas, quanto as tradicionais, como dito, utilizam-se da mesma estrutura legal – a CLT, por meio do contrato de trabalho, que envolve dois sujeitos, empregado e empregador.

Verdadeira empresa ou real empregador implica a presença de ao menos 3 (três) requisitos básicos, sem os quais está-se diante de falso empregador ou empregador aparente, como nas hipóteses de intermediação ilegal de mão de obra ou outra manobra fraudulenta, que as autoridades e todos que atuam com Direito do Trabalho devem repudiar.

É verdadeiro e real o empregador que (i) desenvolve atividade econômica, (ii) exerce poder diretivo em face de seus empregados – eventual partilha do poder de direção admite-se tão somente no trabalho temporário (Lei 6019/74), e (iii) responde pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho (empregador é quem assume os riscos da atividade econômica), em especial as de cunho trabalhista e previdenciário.

Compete ao empresário determinar que atividades podem ser consideradas aptas à terceirização, no âmbito da própria organização do processo produtivo, sem perder de vista a função social da empresa. Qualquer interferência indevida do judiciário nessa escolha poderá comprometer a livre iniciativa, que nada tem a ver com combate a fraudes.

A crítica à Súmula 331 quem faz é o próprio STF – Supremo Tribunal Federal, ao conferir

repercussão geral²¹ ao tema “terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa”, no caso CENIBRA. Visa a apreciar a constitucionalidade da restrição imposta pela Justiça do Trabalho à terceirização, por meio da já citada Súmula 331.

O Min. LUIZ FUX, relator do processo, sinaliza nova diretriz à terceirização²²:

“[...A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre-iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício do exercício-fim da empresa [...]”.

Ora, ao referir-se à “proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial”, além desinalizar que a atividade empresarial é inviabilizada, violando a livre iniciativa, está questionando a própria orientação da Súmula 331.

3. Promover reformas estruturais

Reforma nem sempre implica necessariamente ruptura com o passado. Não se pode perder de vista nossa história nem nossas referências. Segundo GIORGIO

21 RE.713.211/MG, tendo o tema recebido nº 725 no catalogo de repercussão geral do STF.

22 Acesso www.stf.jus.br, em 15/8/2016.

SINEDINO, tradutor, do chinês para o português, do mais importante livro de CONFÚCIO, “Os Analectos”, e inspirado na história milenar da China, “toda revolução e toda mudança devem ser justificadas pela renovação da tradição”²³. Para o autor, lendo os Analectos, tem-se ponto de partida na investigação dos limites do processo chinês de mudança, facilitando a adaptação à sua cosmovisão. Pela leitura desse magnífico livro, percebe-se a dificuldade da China de superar seu passado: “no pensamento chinês não há um caminho de ruptura com suas tradições milenares”²⁴.

Segundo LEONARDI SANDRI, para se renovar, deve-se voltar às origens, ou seja, “olhar para trás a fim de seguir em frente”²⁵. Prefere-se acreditar manifestações mais acirradas contra reformas tidas por alguns como “neo-liberais” refletem mais a preocupação de como manter blindados direitos fundamentais dos trabalhadores, que contra a reforma em si. Para se chegar a essa conclusão, podem-se levar em conta reflexões feitas por ALAIN SUPIOT. Ao criticar duramente a “dogmática neoliberal” dos últimos 30 (trinta) anos - como se a orientação adotada pela globalização fosse algo natural, sugere volta às origens, quando foram lançadas as bases para se converter a justiça social “em uma das pedras angulares do ordenamento jurídico internacional”²⁶,

23 SINEDINO, Giorgio; Introdução aos Analectos, de Confúcio. Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento. São Paulo, Folha de São Paulo, 2015, p.5.

24 Idem ib

25 SANDRI, Leonardi. L'osservatore Romano – Ano XLVII, n. 29 (2.423), Cidade do Vaticano, 21 de julho de 2016, p.4.

26 SUPIOT, Alain. El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total. Barcelona, Ediciones Península, 2011, p.11.

que iria balizar as legislações nacionais dos países ocidentais. Segundo o autor, lê-se hoje com assombro a Declaração Internacional de Direitos, proclamada em 10 de maio de 1944, em Filadélfia, em face do terrível fracasso do atual sistema econômico. Com o término da Segunda Guerra Mundial, os povos se uniram para edificar nova ordem mundial, não mais fundada na força, mas no Direito e na Justiça. Para SUPIOT, a compreensão do alcance dessa Declaração, há necessidade de se situar no contexto histórico em que foi concebida, inclusive recordar-se que a palavra Filadelfia vem do grego: “amor fraterno”. Simboliza o sonho de seus fundadores, em 1681, “por um mundo de fraternidade e tolerância religiosa”²⁷.

3.1 Do Processo do Trabalho

Entre reformas estruturais possíveis, pode-se apontar a reforma do Processo do Trabalho. De um lado, não há Código de Processo do Trabalho, de outro há resistências em aplicar o Código de Processo Civil. A CLT, embora inovadora, a ponto de inspirar o próprio processo civil e estar sempre na vanguarda, não regula por completo o processo trabalhista. Nesse vácuo, aplica-se, de um lado, a lei de execução fiscal (Lei n. 6830/1980), nos termos do art. 889, da CLT; de outro, em caso omissão da CLT e desde haja compatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho, o art. 769, da CLT, determina a aplicação do CPC como fonte subsidiária.

Ora, segundo o atual CPC, em seu art

27 Idem, p. 21.

15²⁸, deve-se aplicar de forma supletiva e subsidiária, o que vem provocando acirrado debate, com tendência a simplesmente afastar essa fonte supletiva.

Segundo MAURO SCHIAVI²⁹, o termo “supletivamente” significa que se deve aplicar o CPC quando a CLT não disciplinar o instituto de forma completa, e “subsidiariamente”, nas hipóteses em que a CLT não contempla determinado instituto, como ação rescisória ou nos casos de tutelas provisórias. E conclui: deve-se aplicar o CPC em casos de omissão da CLT, devendo-se observar compatibilidade entre normas do CPC e princípios e mesmo singularidades da CLT; aplicação tanto supletiva quanto subsidiária do CPC quando este for compatível com os art.s 769 e 889, da CLT; o CPC deve ser aplicado subsidiariamente quando possível adaptá-lo às peculiaridades do Processo do Trabalho; mesmo quando a CLT for omissa, aplica-se o CPC quando este for mais efetivo, sem se distanciar dos princípios específicos do Processo do Trabalho³⁰.

Nesse debate, alguns juízes preferem eles próprios encontrar outras fontes para soluções tidas como mais justas e adequadas, o que acaba sugerindo um “pequeno código” para a Vara do Trabalho onde atua, em muitos casos avesso a tudo o que se espera em termos de Justiça e segurança jurídica.

28 Art. 15, do CPC: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

29 Conf. http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf, acessado em 22/8/2016.

30 Idem, ib.

Não há dúvida de que há peculiaridades envolvendo relações do trabalho, nem sempre apreendidas pelo Código de Processo Civil, como aliás sugere o próprio art. 15, do atual CPC, acima referido. No entanto, não é razoável deixar as soluções processuais, pois extremamente técnicas, ao sabor do julgador ou das circunstâncias. A própria regra impositiva do que se aplica ou não se aplica na Justiça do Trabalho em matéria do novo Código de Processo Civil acaba engessando as soluções e empobrecendo o papel da jurisprudência.

A solução mais adequada seria a construção de um Código de Processo do Trabalho, de olho na sua tradição de inspirar o próprio Código de Processo Civil, seja pela celeridade, seja pela maior concentração, oralidade, gratuidade, entre outras tantas peculiaridades.³¹, pela sua simplicidade, agilidade e xxx. Seu traço revolucionário certamente seria sinalizar maior espaço a soluções alternativas de conflitos, com ênfase especial à arbitragem e conciliação.

3.2 Do sistema sindical

Sempre se fala muito em reforma trabalhista, mas se passa ao largo do ultrapassado modelo sindical, implantado por Vargas. Privilegia-se a proteção do trabalhador no âmbito das relações individuais em detrimento das relações coletivas.

ALFREDO MONTOYA MELGAR³², ao

31 Sobre esse assunto, conf. por todos NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 107.

32 MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ideologia e linguagem nas leis laborais da Espanha. Madri, Editora Civitas, 1992, p.52.

refletir sobre o período histórico compreendido entre 1873 e 1917, na Espanha, aponta fio condutor ideológico a imprimir-lhe indiscutível unidade, constituída de duplo e paradoxal ingrediente:

“a convicção de que a sociedade e o Estado burgueses devem proteger o trabalhador, enquanto ser desvalido e necessitado de tutela, e a convicção paralela de que a sociedade e o Estado burgueses devem proteger-se frente às ameaças dos trabalhadores unidos em associação”.

Tal observação se aplica à nossa realidade, ainda hoje, embora há muito a Espanha tenha abandonado esse modelo, com ênfase à liberdade sindical e autonomia dos grupos para celebrar instrumentos normativos. Facilita entender melhor a lógica e ao mesmo tempo a ambiguidade de nosso sistema: de um lado, a CLT garante direitos dos trabalhadores; de outro, resiste-se ao avanço dessas mesmas conquistas por meio da negociação coletiva, com preferências pela manutenção do poder normativo e ingerência do estado na negociação coletiva e na organização sindical. Sequer se implantou liberdade sindical – até hoje a Conv. 87, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, não foi ratificada, apesar de sua aprovação na Câmara dos Deputados, no final da década de 40, do século passado, tendo o Senado travado desde então o trâmite de sua ratificação.

De 1917 para cá, quase tudo mudou na Espanha, em especial a legislação trabalhista e a organização sindical. Nós conseguimos manter invicto o modelo sindical implantado por VARGAS e não se consegue avançar, como que atados à magia do passado.

E não será diferente agora. Basta

examinar o que os jornais vêm noticiando a respeito da “ampla reforma trabalhista” proposta pelo Governo de MICHEL TEMER. É curioso e assustador como não há qualquer proposta de se mexer na estrutura sindical, preferindo-se, como VARGAS, cooptar os sindicalistas: estes apoiarão pequenos remendos de reforma, desde que não se lhes retirem antigos privilégios.

Algumas Centrais Sindicais se transformaram em poderosas máquinas de meios depressão, levando à opinião pública a ideia de que não há salvação para o trabalhador fora da CLT e com isso sinalizam o que temem: implantação da liberdade sindical e fim dos privilégios. Na propaganda subliminarmente veiculada, qualquer tentativa de reforma seria retrocesso inaceitável, ou mesmo traição ao trabalhador, vítima das “forças do mal”, encarnadas pelo “neoliberalismo selvagem”. Com essa tática, acabam tirando do foco de debate o mal maior de nossas relações de trabalho – o sistema de sindicato único e contribuição sindical compulsória, com possibilidade de ingerência do estado, violando a autonomia dos grupos. Mantém-se verdadeira ditadura sindical, que certamente será mantido por muito tempo.

4. Implantar novo modelo de produção da norma e de solução de conflitos. Construção da cidadania do trabalhador no interior das empresas

Segundo nossa tradição, o estado mantém monopólio não só da produção da norma, como da solução do conflito, no melhor estilo corporativista.

Não bastasse isso, há fortes interesses

em se garantir a cidadania do trabalhador, mas apenas enquanto estiver fora da empresa; uma vez na fábrica, o trabalhador, como “recurso humano”, não passa de fator da produção, sob a “autoridade do empregador.

4.1 Novo modelo de produção da norma e de solução de conflitos

A Constituição da República, de 1988, proclama, entre os direitos assegurados aos trabalhadores, “o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas” (art. 7, inc. XXVI). Mesmo assim, não se altera nosso modelo legislado, prevalecendo a norma estatal como fonte exclusiva ou preponderante de produção das normas trabalhistas.

Da mesma forma, não se aposta em sistemas alternativos de solução de conflitos. Só há segurança jurídica se a Justiça do Trabalho pacificar o conflito, seja por sentença, seja por acordo por ela homologado. Acordo extrajudicial, inclusive como resultado de mediação privada, não oferece qualquer segurança jurídica. Mesmo a arbitragem não tem prestígio.

Há necessidade de se resolver conflitos entre norma estatal e negociada e qual medida adequada da relação entre elas. Essa questão da prevalência do negociado sobre o legislado está novamente em pauta.

Segundo JOÃO LEAL AMADO³³, tanto a lei quanto a negociação historicamente levam em conta a debilidade do trabalhador - a convenção coletiva não deve se contrapor ao

Estado, mas a ele se aliar para impedir o arbítrio patronal e a chamada ditadura contratual.

Quando se pretende quebrar o monopólio do Estado na produção da norma, busca-se maior efetividade do direito por meio de uma legislação que concilie flexibilização e rigidez (*flexicurity*)³⁴, mediante leis legíveis e simples, com mais espaço à negociação coletiva, ainda que complexa, pois a complexidade não é privilégio do Direito do Trabalho.

Todos sabem das razões pelas quais nosso modelo de negociação coletiva limita-se a replicar a lei, sem pudor ou criatividade, com honrosas exceções. Também não se desconhecem manobras de empresas para obter vantagens nos instrumentos normativos, fruto de sindicalismo saturado e *pelego*, tão ao gosto do autoritarismo que se alojou também em algumas empresas, efeito perverso da ausência de liberdade sindical.

4.2 Cidadania do trabalhador no interior das empresas: debate em torno da representação dos trabalhadores

A representação dos trabalhadores, como prevista pelo art.11, da Constituição, e aparentemente regulada pela Conv.135, da OIT, ratificada pelo Brasil, até agora não saiu do papel e encontra grande resistência por parte de empregadores em confronto com alguns discursos mais demagógicos de alguns sindicalistas.

Inicialmente, a empresa era local de “exploração” do trabalhador, não sendo espaço

33 AMADO, João Leal. Contrato de trabalho, 3ª. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 49.

34 Sobre esse tema, conf. ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança*. A reforma do mercado de trabalho. São Paulo, LTr, 2008.

adequado para suas ações e reivindicações. Segundo essa concepção, seria melhor mudar primeiro a sociedade e, na sequência, atingir a empresa com mudanças.

Representação dos trabalhadores na empresa pode indicar, ao invés de participação, preferência por forma “não colaborativa”. Pode sinalizar, ainda, alternativa ao modelo típico de representação, que é o sindicato.

No Brasil, há referências à representação dos trabalhadores nas greves de 1907 e de 1917³⁵. Coube ao Decreto-Lei 7.036/44 instituir a CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, depois regulada pela CLT, com funções de representação dos trabalhadores, em algumas circunstâncias, na falta de regulamentação do art. 11, da Constituição da República, de 1988.

Segundo IRAM JACOME RODRIGUES, ou o empregador dispensava os dirigentes sindicais e representantes dos trabalhadores por ocasião das greves, ou instituía comissões de fábrica, a quem se atribuía papel de colaboração e integração entre capital e trabalho³⁶.

Houve reação por parte dos dirigentes sindicais pela ameaça que essa política representava aos sindicatos. Para não perder sua representatividade, passaram a reivindicar a figura do delegado sindical.

Ante a resistência dos empregadores, acabaram se infiltrando nas comissões de fábrica, em especial por meio do processo eleitoral. As

comissões eram integradas por associados e não associados do sindicato.

As comissões de fábrica, na região do ABC paulista, remontam a 1978 e se vinculam ao movimento grevista com papel de interlocutor com a empresa, daí sua origem como comissão de greve. Entre as reivindicações grevistas estava a estabilidade dos membros da comissão (como aliás prevê a Conv. 135, da OIT), bem como elaboração de estatutos, em contraponto ao caráter espontâneo de sua formação.

Houve tentativas de regulamentação do art. 11, da Constituição, como a dos Deputados Maurício Rands e Vicentinho. Suas propostas acabaram se incorporando ao projeto do Fórum Nacional do Trabalho, provocando fortes reações por parte do empresariado.

De acordo com aquele malogrado Projeto, a representação era única, mesmo havendo mais de um sindicato na empresa, além de integrar o sistema sindical, cabendo ao sindicato promover eleições.

O Projeto delegava à representação papel de colaboração sindical, podendo, na recusa ou ausência de outro sindicato, negociar diretamente condições de trabalho³⁷.

Talvez uma das funções mais importantes da representação, de acordo com o referido Projeto, seria a de mediar e/ou conciliar conflitos individuais de trabalho, no chão da fábrica.

Impõe-se definir que papel se reserva, não apenas aos organismos de representação, mas ao Direito do Trabalho em particular e ao Direito em geral.

35 Conf. por todos SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa. São Paulo, LTr, 1998.

36 RODRIGUES, Iram Jácome. A trajetória do novo sindicalismo. In O novo sindicalismo. Vinte anos depois. RODRIGUES, Iram Jácome (org.). Petrópolis, Vozes, 1999, p. 73 e ss.

37 Conf. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade Sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho. São Paulo, LTr, 2000.

Não há como dissociar o trabalhador de sua dignidade, servindo esta de instrumento que limita o poder patronal. Essa questão pode ser examinada na perspectiva dos direitos fundamentais do homem enquanto cidadão e, em especial, enquanto trabalhador. Na esteira dessa argumentação, poderia o consenso construir um modelo de representação dos trabalhadores.

Conclusões

Na reforma trabalhista, em geral sabe-se o que não se quer, mas não há consenso sobre o que se pretende. Impõe-se estimular o diálogo social e costurar uma agenda comum para construção do projeto de reforma que se pretende.

Paratanto, embora difícil, há necessidade de se colocar de lado interesses pequenos e corporativos, para as relações trabalhistas finalmente serem reguladas por uma legislação voltada aos interesses da sociedade brasileira.

É notório que nossa legislação é arcaica, protecionista e distante do mundo contemporâneo do trabalho.

Espera-se da reforma não apenas segurança jurídica, como eficácia da norma trabalhista. Nossa legislação facilitou um modelo de precarização exacerbado, como se devesse continuar sendo assim, porque assim sempre foi. Enquanto a matriz “protetora”, paternalista e autoritária permanecer, o Brasil continuará pagando alto preço por isso, em especial os empregados.

Referências bibliográficas e/ou autores consultados

AMADO, João Leal. Contrato de trabalho, 3ª. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

BARTHÉLÉMY, Jacques; CETTE, Gilbert. Réformer le droit du travail. Paris, Odile Jacob – Terra Nova, 2015.

BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del Derecho. Madrid, Editorial Debate, 1990.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, 3ª. ed. Buenos Aires, Editorial Helista S.R.L.

CUEVAS LOPES, Joaquim. Estructura y función de la representación colectiva en la empresa. Pamplona, Aranzadi, 1982.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Montevideo, Cuadernillos de la Fundación Electra, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30ª edição. São Paulo, Saraiva, 2003.

GIUGNI, Gino. Direito Sindical. São Paulo. LTr, 1991.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

JEAMMAUD, Antoine. Droit du travail et capitalisme. In Le droit du travail à l'épreuve de l'économie. JEAMMAUD, A.; PÉLISSIER, J., coord. Actes de la “1.e Journée Gérard Lyon-Caen”, organisée par l'AFD TD Alloz, Collection Thèmes et commentaires, 2006.

LALANDE, André. Vocabulaire technique et critique de la philosophie. Paris, PUF, 1980.

- MANNRICH, Nelson. Reconstrução do Direito do Trabalho. *In Os Pilares do Direito do Trabalho*. MARTINS FILHO, Yves Gandra et all. São Paulo, Lex Magister, 2013.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. Coimbra. Almedina, 2002.
- MARTINEZ, Pedro Romano *et al.* **Código do Trabalho Anotado**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ideologia e linguagem nas leis laborais da Espanha. Madri, Editora Civitas, 1992.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 9ª. ed. São Paulo, LTr, 1983.
- Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1997.
- Compêndio de Direito Sindical. 4ª. ed. São Paulo, LTr, 2005.
- Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, Saraiva, 1997.
- Curso de Direito do Trabalho, 25ª, ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo, Saraiva, 2007,
- OJEDA AVILÉS, Antonio. Compendio de Derecho Sindical. Madri, Tecnos, 1998.
- PAPA FRANCISCO. L'osservatore Romano – Ano XLVII, n. 29 (2.423), Cidade do Vaticano, 2016.
- PENTEADO NETO, Alfredo Camargo. Organizações de Trabalhadores. São Paulo, LTr, 1986.
- PODETTI, Humberto A. Política Social. Buenos Aires, Astrea, 1982.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra, Almedina, 2000.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos A. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1994.
- RODRIGUES, Iram Jácome. A trajetória do novo sindicalismo. *In O novo sindicalismo. Vinte anos depois*. RODRIGUES, Iram Jácome (org.). Petrópolis, Vozes, 1999.
- RODRIGUES MANCINI, Jorge. Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa. Buenos Aires, La Ley, 1993-B.
- MARTINEZ, Pedro Romano *et al.* **Código do Trabalho Anotado**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALAFRANCO, Tomas. El debatesobre laspoliticas de flexibilidade y elderechodeltrabajo. *Apud* SAPPPIA, J.J.; FONSECA, H.A.; MEDINA MAILHO, R.E.; PIÑA, M.E. Empleo y flexibilidad laboral. Buenos Aires, Astrea, 1996.
- SANDRI, Leonardi. L'osservatore Romano – Ano XLVII, n. 29 (2.423), Cidade do Vaticano, 2016.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 32ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa. São Paulo, LTr, 1998.

SINEDINO, Giorgio; Introdução aos Analectos, de Confúcio. Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento. São Paulo, Folha de São Paulo, 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade Sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho. São Paulo, LTr, 2000.

SUPIOT, Alain. El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total. Barcelona, Ediciones Península, 2011.

Texto publicado pela Revista do Tribunal Regional do Trabalho, da 1ª. Região – janeiro/junho 2016 – n. 58, p.251 e ss