

SÚMULAS, CRISE E ORDEM CONSTITUCIONAL: alguns elementos para debate

JUDICIAL PRECEDENTS, CRISIS AND CONSTITUTIONAL ORDER: some elements for discussion

SEVERO, Valdete Souto*

Resumo: O texto reflete as consequências da possível cristalização dos entendimentos dos Tribunais sob forma sumular, que foi determinado pelo novo CPC, passando, assim, ao Poder Judiciário uma função legislativa, resultando na alteração do seu dever primordial de garantir direitos sociais. Pondera, também, sobre o antagonismo que esta atividade legislativa tem, pois, muitas vezes, o que preconiza um Regional é o oposto ao que é determinado por outra norma, muitas vezes maior. Apresenta, também, uma contextualização da referida situação face aos interesses do capital interferindo na atividade pública.

Palavras-chave: Súmula. Código de Processo Civil. Justiça do Trabalho. Judiciário.

Abstract: The paper reflects the consequences of the possible crystallization of the understandings of the Courts in precedent form, that was determined by the new Civil Procedure Code, thus, giving the Judiciary a legislative function, resulting in the alteration of its primordial duty of guaranteeing social rights. It ponders, as well, about the antagonism that this legislative

*Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região - Rio Grande do Sul. Especialista em processo civil pela Unisinos/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC/RS. Master em Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso la Universidad Europea di Roma/IT. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidad de la Republica do Uruguai. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS. Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital - USP/SP. Membro da RENAPEDTS - Rede Nacional de Pesquisa em Direito do Trabalho e Previdência Social. Professora, Coordenadora da Especialização e Diretora da FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital/USP.

activity has, for often what advocates a Regional is the opposite of what is determined by another norm, many times larger. It presents, as well, a contextualization of the referred situation against the interests of the capital intervening in the public activity.

Keywords: Judicial Precedent. Civil Procedure Code. Labor Court. Judiciary.

O TRT da Quarta Região já ultrapassou a marca de cem súmulas editadas. Apenas neste ano [2016] foram 28 novas súmulas, além de outras alteradas e de duas “teses jurídicas prevalecentes”. A aceleração na construção de entendimentos cristalizados sem dúvida tem relação com a alteração promovida em 2014, no art. 896 da CLT, notadamente no seu parágrafo terceiro, quando determina que os Tribunais Regionais uniformizem sua jurisprudência e apliquem o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no novo CPC.

Os reflexos dessa atividade legislativa do Poder Judiciário sequer podem ser completamente dimensionados, e certamente ainda serão aprofundados, mas já é possível propor algumas reflexões. A primeira delas é a de que estamos alterando drasticamente a forma de produzir o Direito. Há uma quebra evidente do equilíbrio entre os poderes da República, algo que não se limita à realidade regional, porque se verifica igualmente em nível nacional, com o processo de cristalização de entendimentos empreendido pelo TST (que já tem 462 súmulas no total, sem contar as orientações jurisprudenciais) e pelo STF, se considerarmos apenas a seara trabalhista.

As súmulas mais recentemente editadas pelo TRT da Quarta Região (TRT4) fornecem um material interessante de análise. A Súmula n. 97 estabelece que:

O pagamento da remuneração relativa às férias fora do prazo legal resulta na incidência da dobra, excluído o terço constitucional quando este for pago tempestivamente.

Se olharmos para a Constituição, encontraremos no art. 7º o inciso XVII, que afirma ser direito constitucional dos trabalhadores o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. Ou seja, férias significa tempo de descanso com remuneração correspondente a salário acrescido de 1/3. Na CLT, a regra do art. 137 é a de que “sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva

remuneração”. Qual remuneração? Salário acrescido de 1/3. Pois bem, a Súmula n. 97 autoriza que o acréscimo de 1/3 não componha o cálculo da dobra, criando interpretação restritiva que, na realidade fática, implicará a supressão de parte do valor devido ao trabalhador. A “dobra” do salário, que é o que a Súmula n. 97 do TRT4 diz que deve ser pago, não constitui dobra da remuneração correspondente às férias, já que a remuneração relativa às férias é igual a salário acrescido de 1/3. Então, se suprimimos o acréscimo de 1/3 não estaremos mais remunerando o descanso anual devido, mas apenas pagando salário. A compreensão de que o pagamento do dobro da remuneração correspondente às férias não abrange parte da rubrica que lhe corresponde é, ainda, contrária ao entendimento cristalizado pelo TST na Súmula n. 450, segundo a qual:

É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, **incluído o terço constitucional**, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.

A Súmula n. 98 fixa que:

O empregado faz jus à indenização correspondente aos gastos realizados com a lavagem do uniforme quando esta necessitar de produtos ou procedimentos diferenciados em relação às roupas de uso comum.

Qual é a base legal para essa restrição à regra do art. 2º da CLT, pela qual os riscos e, portanto, o ônus do empreendimento deve ser suportado pelo empregador? Note-se que a orientação cristalizada parte do pressuposto de que os gastos com lavagem de uniforme devem ser suportados pelo empregador, mas cria condição para isso. Essa condição fixada pelo TRT não está estabelecida na legislação trabalhista.

A Súmula n. 99 estabelece que:

A recusa injustificada da empregada gestante à proposta de retorno ao trabalho afasta o direito à indenização do período da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, a partir da recusa.

Ora, por que a gestante despedida de modo ilegal e inconstitucional precisa justificar sua recusa ao trabalho, se sequer ao empregador, malgrado a disposição expressa do inciso I do art. 7º da Constituição, exige-se justificativa para o ato de dispensa? E mais: qual é a norma jurídica que permite essa restrição ao direito fundamental de

garantia no emprego, estabelecido no referido art. 7º, I, e no art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias? E ainda mais: o que fazer com a norma expressa do art. 496 da CLT, cuja aplicação por analogia é o parâmetro que a legislação trabalhista nos oferece para resolver situação como aquela descrita pela súmula? Esse dispositivo estabelece que:

Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

A Lei n. 9.029, quando trata de despedida discriminatória, utiliza o mesmo critério. A Convenção 158 da OIT, cuja utilização, apesar de sua denúncia por decreto ainda sujeito à análise na ADI 1625, já foi chancelada pelo TST no caso Embraer, também dá a mesma solução: sendo inviável a reintegração, deve o empregado receber o valor que corresponde ao período de garantia no emprego. Note-se: não se trata de concordar ou não com a afirmação contida na referida súmula. Trata-se de examinar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista vigente, para o efeito de discutir, seriamente, as consequências desse apartamento entre o que dispõem as normas jurídicas e o que está sendo decretado pelas súmulas de nossos tribunais.

Seguindo a leitura das últimas súmulas editadas pelo TRT4, temos ainda a determinação de que:

Havendo condenação solidária ou subsidiária, o recolhimento das custas processuais por um dos recorrentes aproveita aos demais, independentemente de aquele que efetuou o recolhimento pedir a exclusão da lide. (Súmula n. 102).

Isso, apesar da dicção expressa do art. 789, § 1º, da CLT. Aliás, até mesmo o CPC, cuja aplicação aqui não seria de se cogitar, pois ausente omissão, dispõe que “concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários”, devendo a sentença “distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no *caput*” e, se nada dispuser a sentença, diz o § 2º desse art. 87, “os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários”. Parece haver uma tendência, que está bem representada pelo teor da Súmula n. 331 do TST, em proteger os interesses da tomadora, criando em seu favor “direitos” que não estão previstos na legislação trabalhista. Além do direito de não recolher custas, instituído pela Súmula

n. 102 do TRT4, temos em âmbito nacional a criação, pela referida Súmula n. 331, dos direitos de figurar no polo passivo da reclamatória desde o início (apesar do texto expresso do art. 4º da LEF que autoriza promoção de **execução** contra o responsável), de fruir o benefício de ordem da denominada responsabilidade subsidiária ou mesmo o de promover atravessamento de força de trabalho em hipóteses não previstas no ordenamento jurídico. A Súmula n. 331 do TST chega a criar conceitos de atividade fim e atividade meio, promovendo uma tentativa de alteração na racionalidade dos arts. 2º e 3º da CLT que, ao conceituarem empregado e, especialmente, empregador, não apenas reconhecem o fato de que essa relação jurídica se estabelece entre dois polos (trabalho e capital), mas também equiparam expressamente o **empregador** à empresa, e, pois, ao **tomador** de força de trabalho.

A Súmula n. 107 do TRT4 fala em “quitação do contrato de trabalho em acordo judicial firmado em ação anterior”, algo que, como bem sabemos, embora seja prática reiterada na Justiça do Trabalho, não encontra amparo legal. Ao contrário, quitação é resultado de pagamento, por força do que expressamente estabelecem os arts. 320 do Código Civil, quando menciona que a quitação deve designar “o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante”, o art. 843 do mesmo Código, segundo o qual a “transação interpreta-se restritivamente”, ou o § 2º do art. 477 da CLT, segundo o qual a quitação “deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas”. Novamente, até mesmo o CPC, cuja aplicação é desnecessária por termos norma expressa na CLT, vai dispor que acordo homologado é transação (art. 487) e que a decisão judicial que homologa o ajuste tem “força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503).

A necessidade de sumular entendimentos é algo preconizado em documentos cujo teor deveria nos (pre)ocupar. O Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, refere a necessidade de “aumentar a eficiência e eficácia do judiciário”, que conceitua como “habilidade em solver conflitos de uma maneira **previsível**, justa e rápida”. Diz que a finalidade das instituições jurídicas e legais deve ser “promover o desenvolvimento do setor privado”. Acrescenta que:

Um Poder Judiciário eficaz e funcional é **relevante ao desenvolvimento econômico**. A **função do Poder Judiciário** em qualquer sociedade é o de **ordenar as relações sociais** e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, **garantindo assim os direitos individuais e de**

propriedade. [...] A reforma do Judiciário faz parte de um **processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade**, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a **reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência** e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado. (DAKOLIAS, 1996).

Na sequência, refere que “os **juízes têm tido pouco treinamento** antes de assumir suas responsabilidades administrativas ou judicantes” e que há amplo reconhecimento da necessidade das reformas propostas que, inclusive, segundo o mesmo documento, já foram iniciadas em vários países na América Latina e Caribe, “aumentando a demanda de assistência e assessoria ao Banco Mundial”. Quando refere-se mais especificamente aos “objetivos da reforma”, afirma:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do Judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. [...] Neste contexto, um Judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) **previsibilidade nos resultados dos processos.**

É interessante, ainda, observar que o documento recomenda, em relação aos juízes, após ressaltar a importância do respeito à independência judicial, a criação de um relatório anual “visando **educar os juízes sobre os comportamentos que não são aceitáveis**, e informar o público dos processos disciplinares”.

Pois bem, a EC n. 45/2004, redistribuindo competência (e com isso legitimando o discurso de que não há mais razão em uma estrutura própria para lidar com as relações entre capital e trabalho), criando o CNJ, a possibilidade de súmula vinculante e o PJe, caminha na direção preconizada pelo Banco Mundial. O novo Código de Processo Civil também, basta verificar o teor dos arts. 927 e 932, com suas determinações de observância às súmulas (mesmo não vinculantes).

Precisamos de previsibilidade, esse é o discurso oficial. É a previsibilidade que nos confere segurança jurídica. Essa premissa, por si só, comporta discussões. Direito é Cultura e sua função na realidade democrática, antes mesmo da preocupação com a previsibilidade (que talvez seja algo inatingível) é a de ser efetivo, promovendo redução de desigualdades, majoração dos espaços de discussão e de intervenção da

realidade social, sem - é claro - romper com a racionalidade da sociedade do capital. Mas essa é outra história. Para a finalidade dessa reflexão, vou assumir como verdadeira a necessidade de buscar previsibilidade nas decisões judiciais.

Ainda assim, a segurança compreendida como previsibilidade das respostas do Poder Judiciário só faz sentido, dentro de uma lógica de Estado Social e Democrático de Direito, se as respostas “esperadas” estiverem de acordo com o que estabelece o ordenamento jurídico vigente, especialmente a Constituição. Do contrário, além de não sabermos o que esperar de um Poder Judiciário que julga a partir das súmulas que ele mesmo edita, ainda corremos o risco de estar desconstruindo a ordem jurídica, apartando-nos das normas constitucionais e, com isso, criando a mais completa insegurança jurídica. Para tratarmos do assunto com seriedade, portanto, teríamos de partir do pressuposto de que as súmulas conferem previsibilidade e, pois, segurança jurídica, apenas e na medida em que concretizam a ordem constitucional vigente. Sabemos que não é isso que ocorre.

O argumento da previsibilidade como algo a ser obtido por meio da cristalização de entendimentos em súmulas é facilmente refutado, ainda, pela constatação de que esses entendimentos cristalizados não são coerentes entre si. Temos súmulas regionais contrárias às nacionais, como no exemplo da Súmula n. 61 do TRT4 e da 219 do TST, ambas acerca dos honorários de advogado na Justiça do Trabalho. Do mesmo modo, a própria Súmula n. 97 do TRT4, antes examinada, é contrária ao que estabelece a Súmula n. 450 do TST, como já mencionei. Também temos súmulas absolutamente contraditórias entre si, em âmbito nacional, como a Súmula n. 327 do STF e a 114 do TST, a primeira referindo a existência de prescrição intercorrente no processo do trabalho e a segunda dispondo o exato contrário. Ou, ainda, súmulas que dizem o contrário do que pretendem dizer, como é o caso da Súmula Vinculante n. 4 do STF, que veda a utilização do salário-mínimo como base para cálculo de adicional de salário e é utilizada para que o salário-mínimo siga sendo a base para o cálculo do adicional de insalubridade.

E o que dizer de súmulas que contrariam literalmente normas jurídicas válidas e vigentes? Para o cidadão brasileiro que lê a Constituição, claro está que a jornada máxima de trabalho no Brasil é de oito horas. E se trabalhar em turnos de revezamento, tem direito à jornada de seis horas. Se esse cidadão buscar as normas da CLT, descobrirá que, na linha do parâmetro constitucional, essa jornada máxima poderá ser estendida apenas **excepcionalmente**, e no máximo por 2h a mais por dia. Seria razoável admitirmos que é expressão de segurança jurídica a certeza de que o Poder Judiciário, ao examinar eventual litígio trabalhista, deverá cumprir a Constituição, fazendo respeitar esses limites máximos da exploração do tempo de trabalho. Essa previsibilidade poderia ser

reivindicada. Não é o que ocorre, porém. Os parâmetros - constitucional e legal - são diariamente desrespeitados, porque temos súmula, como a 444, que estabelece que:

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.

Do mesmo modo, se olharmos para a Constituição e para a legislação trabalhista não encontraremos autorização para “terceirizar”, mas a Súmula n. 331 autoriza tal procedimento. Mesmo quem encontra constitucionalidade em lei anterior e contrária à norma do art. 7º, I, da Constituição, como é o caso da lei dos vigilantes, e vê ali autorização legislativa para terceirizar, não encontrará norma alguma autorizando, por exemplo, terceirização em atividades de conservação e limpeza.

Se atentarmos para o que estabelece a CLT e o CPC, veremos que sempre que a lei determinar a documentação de um ato, esse documento deverá ser trazido ao processo, sob pena de que admitamos, como corretos, os fatos alegados contra a parte que deveria produzi-lo (art. 400 do CPC). Essa lógica vale na jurisprudência, com exceção dos litígios que versam sobre jornada, apesar de regra expressa prevendo o dever de documentação, no art. 74 da CLT. Por quê? Porque a Súmula n. 338 do TST assim autoriza.

Há que se ponderar, ainda, o fato de que as súmulas, como verbetes que são, que se dissociam do fato concreto, são interpretáveis, estão sujeitas ao “jogo de significações” do Direito. E isso é suficiente para acabar de vez com nossa ilusão de previsibilidade. Por isso é que mesmo diante do verbete: “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” (Súmula Vinculante n. 4), os intérpretes aplicadores do Direito seguem utilizando o salário-mínimo como base para o cálculo da insalubridade, fundamentando suas decisões na própria súmula! Direito é linguagem e a linguagem do Direito tem um compromisso ideológico muito claro.

A previsibilidade supostamente outorgada pela súmula é, pois, uma falácia.

Então, se é fácil concluir que as súmulas não conferem segurança, nem mesmo aquela compreendida como previsibilidade, por que essa ânsia em sumular e determinar a obediência de juízes e tribunais a tais decretos judiciais? Por que o próprio legislativo repassa ao judiciário essa autorização para ignorar aquilo que o justifica como poder de Estado? O teor do Documento 319 do Banco Mundial, antes referido, dá a pista:

trata-se de reformular o papel do Estado, que só não deve desaparecer completamente porque precisa atuar em favor do capital, concedendo isenções fiscais, salvando bancos e recuperando empresas.

O Estado enquanto ente regulador das relações sociais, com atribuição de fixar as normas de conduta e impor sua observância, serviu à consolidação de um tipo específico de sociedade. O incentivo à mediação extrajudicial de conflitos, que também é tônica do Documento 319 e está fartamente albergado no texto do novo CPC, pode ser considerado um bom exemplo do que estou tentando evidenciar. A privatização da saúde, da educação e mesmo dos presídios, também serve de exemplo. Sob a perspectiva da racionalidade liberal, o Estado talvez já tenha exaurido sua função. Se ainda não foi completamente sacrificado, é porque tem certa serventia como arma para a imposição dessa mesma racionalidade, evidenciada na possibilidade de utilização de dinheiro público para financiar empreiteiras ou salvar instituições bancárias, ou na utilização da força repressora do Estado para coibir movimentos sociais ou despejar assentados.

Esse movimento de superação do Estado não é linear nem pode ter seus contornos explicitados em um texto como este. Afinal de contas, a história não é linear. Desenvolve-se em um movimento complexo, dialético e muitas vezes contraditório, cujas pistas, porém, não podemos deliberadamente ignorar. Se voltarmos à questão das súmulas e nos permitirmos um olhar panorâmico para o modo como estamos produzindo Direito ultimamente, talvez nos impressione o fato de que o Poder Judiciário esteja protagonizando esse movimento, sem atentar para a circunstância de que seu objetivo final inclui claramente a completa desnecessidade de um Poder Judiciário. Sim, porque se a função dos juízes deve se restringir a aplicar súmulas e a dos Tribunais Regionais a de sumular, impedindo recursos que contrariem seus decretos, em pouco tempo a atividade judicial que ocorre em primeiro e segundo graus de jurisdição, onde os fatos são examinados, as pessoas são vistas e ouvidas e a realidade material é próxima, será desnecessária. Bastarão os verbetes dos tribunais superiores, e será possível concretizar a ideia, já defendida por alguns, de criar um programa do PJe capaz de sugerir minutas de decisões. Teremos a justiça *fast-food* e finalmente atingiremos o ideal de eficiência e rapidez que o Banco Mundial zelosamente preconiza.

Precisamos pensar sobre isso, sobretudo se lidamos com o Direito do Trabalho, pois não é segredo que para a visão econômica do Direito a Justiça do Trabalho é um problema a ser resolvido. É emblemático desse discurso econômico, e da intenção de matar o Judiciário fazendo-o consumir as próprias entranhas, o corte de orçamento promovido pela Lei n. 13.255/2016. Em sua exposição de motivos, o Relator, então Deputado Ricardo Barros, registra que o prazo prescricional “de dois anos é excessivo”, que “é fundamental diminuir

a demanda de litígios na justiça trabalhista”, e que a proposta de corte constitui “forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência de tais mudanças”. Propõe, então, “ajustes”, ao argumento de que “as regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador”. Essa declarada punição à Justiça do Trabalho, pela prática do **crime** de promover direitos sociais dos trabalhadores, foi de certo modo chancelada pelo STF, quando julgou recentemente improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5468) da referida lei de orçamento. Eis mais uma pista da gravidade do problema que estamos enfrentando.

Não é um caso que o Poder Judiciário figure como alvo das reformas que a economia propõe para o Direito, e que a Justiça do Trabalho esteja no olho desse furacão. É do Poder Judiciário o dever, dentro da atual lógica das relações sociais, de garantir direitos sociais e, com isso, promover mudanças que interfiram na proteção à propriedade privada e, por consequência, na concentração de renda. A Justiça do Trabalho, dentro do espectro de atuação do Poder Judiciário, já nasce comprometida com a imposição de limites à lógica liberal. Como refere a Exposição de Motivos do Anteprojeto da Justiça do Trabalho, de 11 de novembro de 1936, o Judiciário Trabalhista nasce da “necessidade de harmonizar os interesses em luta”, comprometendo-se a não “ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações colectivas, deixando as forças sociais entregues aos próprios impulsos”.

A instituição de um pacto histórico entre as características inerentes ao capital (produção de miséria, concentração de renda, esgotamento de recursos naturais etc) e a necessidade de sobrevivência desse sistema (e do próprio ambiente em que vivemos), que no caso brasileiro é evidenciada pelos termos da Constituição de 1988, resulta no fortalecimento da atuação do Poder Judiciário, que desponta no início desse século, segundo alguns autores, como o “guardião da democracia”. Ao Poder Judiciário incumbiria, então, sob a lógica de um Estado Social, intervir nas garantias liberais, promovendo a redução das desigualdades. Essa função, que nada tem de revolucionária, é preciso que se reconheça, é o que justifica o ataque. Neutralizar o Judiciário, tornando-o refém de orientações cristalizadas pelos órgãos de cúpula, é mais efetivo do que alterar a Constituição. O raciocínio é simples: ao Judiciário incumbe fazer valer a Constituição, com os compromissos de contenção da lógica do capital, assumidos historicamente como necessários. Se a atuação do Judiciário é neutralizada por uma perspectiva econômica de eficiência e previsibilidade, a partir de cristalizações promovidas pelos órgãos de cúpula, não há mais barreiras à consolidação de (ou retorno a) uma racionalidade estritamente liberal.

A necessidade de garantia de direitos sociais produz demandas. O próprio Banco Mundial reconhece esse fato, no já referido

Documento 319. Essas demandas, na lógica de organização social que adotamos, dependem de um Poder Judiciário forte, independente e eficaz. Nada de novo nesse discurso. Como já referi, a existência da Justiça do Trabalho no Brasil decorre do reconhecimento da necessidade de garantir, através de um judiciário forte e independente, direitos que na realidade da vida a classe destituída de poder econômico e político não consegue exercer. E não é só da Justiça do Trabalho que se trata. Sem uma magistratura independente, que tenha condições de determinar que uma instituição financeira não cobre juros extorsivos, que um político influente não abuse de seu poder nem promova atos de corrupção, que o direito de expressão e mobilização seja garantido sem truculência policial, entre tantos outros exemplos que poderiam ser aqui referidos, não há democracia. Por consequência, não há liberdade. Essa é a base a partir da qual toda a lógica dos direitos sociais fundamentais é construída e que se inscreve como uma necessidade de sobrevivência do próprio capital, porque onde faltam condições mínimas de existência digna, onde transformamos pessoas em animais, o que sobra é a barbárie.

A preocupação do capital em neutralizar a atuação Poder Judiciário através da sedução de atribuir-lhe o poder de criar suas próprias normas permite ainda outra reflexão. Embora sirva ao sistema, estando longe de promover alteração das bases (dísparas) sobre as quais a sociedade capitalista se assenta, o Poder Judiciário realmente pode atuar para impor limites. A consolidação de entendimentos como o que permite condenação de ofício, pela prática de *dumping* social, reconhece a fraude na terceirização de atividades como a de *telemarketing* ou consagra o dever de motivar a despedida disparam o alerta sobre as potencialidades do Judiciário diante da pretensão constitucional de construir uma sociedade solidária. Bem por isso, o chamado “ativismo judicial”, expressão que comporta, de acordo com quem estiver enfrentando o tema, tanto decisões que fazem valer a ordem constitucional, quanto aquelas que dela se distanciam atuando de modo solipsista, é argumento para o extremo controle das decisões judiciais, pretendido (e ao mesmo tempo boicotado) pelo novo CPC.

Ao mesmo tempo que tenta reduzir ao máximo a possibilidade de julgamento que saia dos limites impostos pelas partes, vedando por exemplo “decisão surpresa” (art. 10) ou estabelecendo de modo exaustivo o que não é fundamentação (art. 489), o CPC autoriza julgamento fora da lide. Admite a ponderação (art. 489) e permite julgamento liminar, sem ouvir o demandado, de improcedência da demanda quando o pedido contrariar, por exemplo, súmula, ou verificar prescrição (não arguida, obviamente, pela parte) (art. 332). Autoriza, também, que o relator, de ofício, remeta recurso de caso **sem repetição**, para o qual **ele** atribui relevância social, ao julgamento por órgão colegiado, cuja decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários (art. 947), ou que em

incidente de resolução de demandas repetitivas, instaurado em razão de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (!), haja julgamento mesmo diante da desistência da parte (art. 976, § 1º), inclusive com fixação de “tese jurídica” que (mesmo não tendo sido referida pelas partes) vinculará todos os demais processos individuais ou coletivos (art. 985).

Essa esquizofrenia do novo CPC, que é apenas trazida como exemplo, pode ter sido potencializada pelo modo como foi construído o novo código, albergando as mais diferentes teses das mais diferentes correntes doutrinárias, mas certamente é também reflexo desse contexto, em que a própria função do Estado, especialmente por meio do Poder Judiciário, é questionada pelo capital.

Os juízes têm à sua disposição normas capazes de transformar a realidade social, ainda que sob a perspectiva do sistema, e sem dúvida têm o dever de concretizá-las. Para isso, porém, precisam ser independentes para julgar, concretizando a ordem jurídica da Constituição, o que implica, sobretudo, não estarem sujeitos a decretos judiciais que cristalizam discussões jurídico-sociais, antes mesmo que elas ocorram. Ao impor o julgamento a partir de súmulas, tantas delas contrárias à racionalidade constitucional, comprometemos decisivamente essa função. E, por consequência, a própria razão pela qual temos um Poder Judiciário, no contexto de (tentativa de consolidação de um) Estado Social.

A ilusão de poder criar suas próprias normas, apartando-se da legislação editada e mesmo da ordem constitucional estabelecida, revela-se como uma cilada. Envaidecido com as possibilidades que a disciplina da *pseudo* uniformidade lhe confere, o Poder Judiciário está criando sua própria constituição, na qual o negociado sobre o legislado, a jornada de 12h, a quitação geral do contrato, o fracionamento (ou a não concessão) das férias e a supressão das horas *in itinere* já são realidade. A aprovação de alterações legislativas, após prévia discussão pública e aprovação parlamentar, torna-se desnecessária. E se a produção legislativa não tem mais relevância, em pouco tempo, também os juízes não terão. Não haverá necessidade de uma estrutura de poder para interpretar/aplicar leis, se as leis não são mais aplicadas. Bastará um órgão burocrático, com a atribuição de ditar decretos e fazer valer suas próprias decisões, atendendo a interesses que não se confundem com inclusão social, redução de desigualdades ou promoção do bem comum.

Crise tem sempre algo de positivo, porque nos convida à reflexão e nos instiga a tomar posição, e agir. Estamos diante de uma crise, na qual o Poder Judiciário, e o Judiciário Trabalhista em particular, tem sua própria existência fragilizada, sob o disfarce do poder que a edição de súmulas parece outorgar-lhe. Uma crise da existência mesma do Estado, em que o capital internacional desamarra-se e se propõe, de modo muito claro e ostensivo, como revela o exemplo emblemático do Documento 319,

a buscar novas bases de convívio social, rompendo com os compromissos de contenção expressados especialmente nas constituições do segundo pós-guerra.

Os caminhos ainda serão construídos e talvez consigamos sair desse momento de transição fortalecidos, fazendo do esgotamento do Estado, como forma jurídica do capital, a razão para o repensar desse modelo de sociedade e de todas as amarras que o configuram como elemento de exclusão e miséria. Para isso, porém, é preciso, antes de tudo, reconhecer o movimento de destruição do Poder Judiciário e, em especial, do Judiciário Trabalhista, que está em marcha. E lutar contra ele.

REFERÊNCIA

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. **Documento técnico número 319**, Banco Mundial Washington, D. C., 1996. 61 p. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>.