

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EM XEQUE

Rodrigo de Lacerda Carelli*

1 – INTRODUÇÃO

A credito que o momento em que vivemos pode ser retratado figurativamente como um xeque ao princípio da proteção no Direito do Trabalho. Geralmente a expressão é associada a uma situação de perigo ou ameaça, mas ela advém de forma metafórica de um dos principais incidentes do jogo de xadrez, que consiste no fato do rei – a peça principal a ser defendida no jogo – estar em uma casa que pode ser atacada por alguma peça adversária. Assim, para a existência do xeque há a necessidade de três situações: a) a situação de perigo ou ameaça; b) que ela seja iminente; c) principal de todas, que haja alguém atacando.

Desta forma, identificar quem está atacando o princípio da proteção e suas razões de ameaça, e, a partir da crítica desses fundamentos, realizar a defesa para evitar a derrota, é o que se pretende fazer neste texto.

2 – O ATAQUE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Os arautos da livre negociação entre empregados e empregadores já vêm de longa data e de distantes origens. Depois da derrocada liberal no início dos anos 1900, acontecem na ditadura chilena as primeiras propostas de retorno da negociação direta entre empregado e empregador.

Para a reforma trabalhista, reforma previdenciária e a privatização da principal riqueza chilena – as mineradoras –, o ditador Augusto Pinochet escalou o jovem economista de 30 anos de idade José Piñera, recém-chegado de seu doutorado em Harvard, inicialmente sendo nomeado para o cargo de Ministro do Trabalho e Previsão Social (1978-1980), e posteriormente para o posto de Ministro das Minas do Chile (1980-1981)¹. Com muito conhecimento ideologi-

* *Doutor em Sociologia pelo IESP-UERJ; mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF; professor adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; procurador do trabalho no Rio de Janeiro.*

1 NARBONA, Karina. *Para una historia del tiempo presente: lo que cambió el Plan Laboral de la dictadura*. Santiago: Fundación Sol, 2015.

camente construído, e pouca experiência de vida, o mancebo entrou de cabeça e com energia para cumprir com fidelidade militar as suas missões dadas pelo general Pinochet, sendo a primeira a reforma trabalhista, que tinha o nome de “Plan Laboral” – ainda não estava na moda o termo “reforma”².

A base argumentativa de sua reforma é que os sindicatos representam apenas pequena fração dos trabalhadores privilegiados e que estes estariam em disputa com os demais não sindicalizados, reais necessitados. Afirma que esses trabalhadores estão em concorrência uns com os outros, e que um sindicato somente serve para retirar a fração da renda do trabalho dos demais trabalhadores e que os sindicatos não são uma arma para redistribuição de renda entre capital e trabalho, que estaria ligada a outros fatores como tecnologia e abundância relativa do capital³.

Piñera, de maneira franca, defende o enfraquecimento dos sindicatos, dizendo que o modelo de negociação por cúpula, de modelo tripartite, que propõe a OIT – Organização Internacional do Trabalho, dá força demasiada aos sindicatos, permitindo a negociação direta dos trabalhadores.

Sobra até para o papa Leão XIII e a encíclica *Rerum Novarum*, ao afirmar que as noções de dignidade e de salário justo são intenções nobres, mas “puro coração sangrante”, pois em uma economia social de mercado a proteção aos trabalhadores seria sua pior condenação, porque os salários devem ser calculados pela produtividade do trabalho⁴.

Assim, a pretensão seria de “substituir a ‘luta de classes’ (trabalhadores versus empresários) pela ‘luta de empresas’ (trabalhadores e empresários de uma mesma empresa versus os de outra que competem com esses)”⁵.

Mais interessante ainda é quando afirma que o “Plan Laboral”, que estava encarnado principalmente em duas leis, uma sobre organizações sindicais e outra sobre negociação coletiva, trouxe consigo a necessidade de modificar, alguns meses depois, outras leis. Dentre essas leis, estava a abertura total da terceirização. Segundo Piñera, “se teve que levantar a insólita proibição que pesava sobre as empresas públicas e privadas de subcontratar trabalho de

2 PIÑERA, José. *La revolución laboral en Chile*. Tercera Edición. Santiago: Chile, 1990. Versão da Internet. Disponível em: <www.josepinera.org>. Acesso em: 23 jun. 2016. Em suas palavras, “o Plan Laboral não tem nada a ver com o direito individual do trabalho. O Plano Laboral em realidade é única e exclusivamente um Plano Sindical e se o batizamos assim foi porque as duas palavras não nos soavam bem. Era muito mais charmoso o título de Plano Laboral”.

3 PIÑERA, José. Op. cit., p. 26.

4 *Idem*, p. 28.

5 *Idem*, p. 50.

terceiros”⁶, em uma tarefa de “limpeza” da legislação para alcançar o livre mercado de trabalho⁷.

As leis de reforma do sistema sindical, impostas por decretos-lei do general ditador, tramitaram “em tempo recorde”, como comemora Piñera⁸.

Em 1981, como consequência da reforma, extingue-se a Justiça do Trabalho, passando os juízes a exercerem funções amplas na área cível. Em 1986 houve o restabelecimento dos juízos de primeiro grau, sendo que somente houve a verdadeira restauração da Justiça do Trabalho muito tempo depois da volta da democracia, no ano de 2005, após longo processo legislativo⁹.

Os ideais da ditadura chilena tiveram e ainda têm eco no mundo desenvolvido – e também, tardiamente, na periferia. As reformas portuguesa, espanhola, francesa, alemã e italiana pretendem a mesma fragmentação dos trabalhadores e a negociação cada vem mais atomizada.

Para chegar ao fim, que é a destruição do direito do trabalho e o retorno ao direito civil de partes formalmente iguais, porém com normas supostamente trabalhistas que vitaminam o poder do empregador, a estratégia é a mesma de hoje: 1) a multiplicação das formas contratuais, com criação de figuras híbridas, com parcial ou total exclusão do direito do trabalho; 2) a retirada do sindicato como fonte central de negociação, com instrumentos de enfraquecimento da autonomia coletiva por meio de inclusão de exceções; 3) a obstaculização ou inibição do acesso ao poder judiciário.

O discurso de ataque, no entanto, não é novo; é literalmente o mesmo, desde que o direito do trabalho é direito do trabalho, qual seja que: 1) o direito do trabalho gera desemprego e menores salários; 2) o trabalhador sabe o que está negociando com o empregador e tem liberdade de não aceitar, sendo o contrato essencial para a garantia da segurança jurídica; 3) o trabalhador é classe perigosa e pretende ficar com o patrimônio dos empregadores e hoje a Justiça do Trabalho ajuda os trabalhadores nessa empreitada.

Prega-se a necessidade de segurança jurídica para as empresas e de “emancipação” do trabalhador, que não deve mais ser tratado de maneira “infantilizada” pela Justiça do Trabalho ou pelo Direito do Trabalho. Esse discurso – de ares libertadores – é uma fala de destruição, é um juízo de desmerecimento.

6 *Idem*, p. 44.

7 *Idem*, p. 46.

8 *Idem*, p. 21.

9 FUENZALIDA, Gabriela Lanata. *A extinção e o ressurgimento da Justiça do Trabalho no Chile*.

Ataca-se, assim, o direito laboral em seu âmago, naquilo que ele tem de mais caro, e, assim, também, sua razão de existir.

3 – O VANDALISMO DA REFORMA TRABALHISTA

De fato, o processo que estamos em curso no Brasil não é uma reforma. Reforma é quando se derruba uma construção para se reconstruir algo no lugar. A chamada “reforma trabalhista”, ao contrário, somente atingiu, de maneira desordenada e a esmo, diversos pontos da legislação trabalhista sem colocar nada em seu lugar, em nítida tática *black bloc*. Não houve a realização de reconstrução científica rigorosa com objetivos de mudança de modelo jurídico, mas meramente ataques casuísticos a alicerces do edifício do direito do trabalho, que fazem da legislação trabalhista hoje um prédio cheio de buracos a ser construído para poder ser novamente chamado de Direito do Trabalho.

Se observarmos de perto, os objetivos acima descritos foram todos encaminhados pelas recentes mudanças legislativas:

1) a tentativa de criação ou legalização de múltiplas formas de contratação, como no caso do autônomo exclusivo, da ampliação da terceirização e da intermediação de mão de obra temporária, a criação do trabalhador intermitente, o alargamento do trabalhador a tempo parcial, bem como a precarização total do teletrabalhador, que trabalhará por sua própria sorte e sem restrição de duração do trabalho. Perceba-se que nesses casos há a total ou parcial exclusão do âmbito do direito do trabalho;

2) diminuição do papel sindical, seja por meio da criação da figura do trabalhador hipersuficiente, ou pela retirada do imposto sindical imediata e sem alternativa de custeio, cumulados com a manutenção do sistema autoritário de organização dos sindicatos. Nesse ponto, há ainda o fim da homologação da rescisão do contrato de trabalho, a criação de comissão de representantes desconectada com a entidade sindical e os diversos dispositivos em que se permite a “negociação” direta com os trabalhadores;

3) a pretensão de inibir as ações trabalhistas, com a possibilidade de cobrança de honorários advocatícios e periciais dos trabalhadores e de diversas restrições ao acesso à Justiça, bem como ameaças de extinção do ramo laboral da Justiça e reduções orçamentárias.

Além disso, houve a tentativa de destruição da coerência científica de vários institutos, como o da remuneração, do descanso e da assunção pela empresa dos riscos do negócio.

Aliados a isso, temos a restrição progressiva ao seguro-desemprego (Lei nº 13.134/2015) ou mesmo armadilhas burocráticas (MEI ou CNPJ) que impedem o seu saque, além das já anunciadas novas regras dessa proteção estatal, que deverá trazer mais restrições¹⁰. Some-se a isso a ameaça da Reforma da Previdência, que promete afastar a proteção social, o que já se desenha com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que impõe teto dos gastos públicos. O quadro, assim posto, é de retirada do Estado da proteção social e de desobrigação dos entes privados de qualquer responsabilidade sobre os cidadãos que emprega para a realização da atividade econômica.

4 – AS REFORMAS NEOLIBERAIS PELO MUNDO E SEUS EFEITOS

As reformas neoliberais nas nações ocidentais não foram idênticas em todos os países. Sempre variaram a partir da conjuntura específica de cada país, incluindo as resistências e crises do capitalismo. Entretanto, podemos pensar em dois modelos: o periférico, ou puro, como o caso chileno e o europeu, caracterizado pelo tempero com a permanência do Estado de Bem-Estar Social.

O resultado do modelo chileno é que lá agora cerca de 5,8% das empresas negociam coletivamente. Ou seja, 94,2% das empresas só realizam negociação direta na empresa¹¹. Esse quadro é reflexo de piora em relação a 2006, quando 91,3% das empresas se regulam pelas condições contratuais dispostas na “negociação individual” entre empregadores e trabalhadores, demonstrando que a tendência é cada vez mais a individualização nas negociações¹². Em 81,8% das empresas chilenas não existe e nunca existiu um sindicato na empresa¹³. Há práticas antissindicais ou atitudes negativas da empresa em relação aos sindicatos em metade das empresas¹⁴. 66,6% da força de trabalho recebe menos que três salários mínimos, sendo que quase a metade recebe até dois salários mínimos¹⁵.

10 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/05/economia/1499287614_958467.html>. Acesso em: 21 jul. 2017.

11 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 31. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

12 ROJO, Eduardo Caamaño. El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX*, Valparaíso, Chile, p. 265-291, 1er semestre de 2008.

13 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 28. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

14 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 27. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

15 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 43. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

DOCTRINA

A terceirização na atividade-fim das pequenas empresas alcança 44,8% e nas grandes empresas 31%¹⁶. Em 30,2% das empresas houve acidente de trabalho¹⁷.

A relação entre proteção dos trabalhadores e a qualidade do trabalho é nítida pelos dados chilenos: as empresas com sindicatos têm média de 48,7% com trabalhadores com mais de três anos na empresa, enquanto que as sem sindicato têm média de 39,3%¹⁸.

O resultado chileno, para os trabalhadores, é inquietante: a participação do salário mínimo sobre o PIB decresceu de 36,2% no período de 2005-2006 a 32,5% no período 2014-2015. A OIT considera como recomendável o mínimo de 40%. A média da América Latina é de 60%¹⁹. Enquanto o Brasil, antes da reforma, é o décimo país em desigualdade no mundo, empatado com a Suazilândia, o Chile está em décimo quinto²⁰. A previdência chilena foi privatizada no governo Pinochet, sendo um fracasso que está levando 2 milhões de pessoas às ruas em protesto²¹. 90% dos pensionistas recebem aposentadorias inferiores a meio salário mínimo²².

Na Europa, em maior ou menor grau dependendo do país, a flexibilização do Direito do Trabalho veio acompanhada de uma maior presença estatal, o que se denominou “Flexisecurity”, que seria uma forma de flexibilibilidade do mercado de trabalho bem gerenciada²³. Ou seja, os encargos que antes ficavam a cargo das empresas foi repassado para o Estado, ou seja, distribuído em toda a sociedade, por meio de rede de proteção social.

O emprego *non-standard* resulta em maior peso para o sistema de seguro social. Tomemos o caso italiano. Em 2015 o sistema foi remodelado, com a diminuição de exigências de contribuição para fruição do seguro-desemprego,

16 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

17 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Resumen Ejecutivo, p. 39. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

18 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Informe de resultados, p. 66. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

19 CHILE. Octava Encuesta Laboral, Encla 2014. Informe de resultados, p. 66. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-108317.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

20 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

21 Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/certas-palavras/por-que-deu-errado-previdencia-chile>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

22 Disponível em: <https://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/22/america/1471832934_728306.html>. Acesso em: 21 jul. 2017

23 EICHHORST, Werner; MARX, Paul; WEHNER, Caroline. *Labor market reforms in Europe: towards more flexicure labor markets*. p. 15. Disponível em: <http://legacy.iza.org/en/webcontent/publications/papers/viewAbstract?dp_id=9863>.

adicionando-se novo sistema de seguro-desemprego para trabalhadores atípicos, contratados por projeto²⁴. Na Alemanha, o seguro-desemprego é de até 50 meses²⁵.

Nos países também se mostra o que se chama de *active labor market policies* – ALMP, que são medidas governamentais de aumento da empregabilidade de trabalhadores vulneráveis pela sua formação e qualificação ou por incentivos financeiros ao empregador na contratação desses trabalhadores, sendo que alguns estudos demonstram que esses programas aumentam a possibilidade de desemprego no longo prazo²⁶.

Até o Fundo Monetário Internacional – FMI, que antes incentivavam as políticas de austeridade, agora já afirma que “em vez de gerar crescimento, algumas políticas neoliberais aumentaram a desigualdade, colocando em risco uma expansão duradoura.” Aduziram ainda que “o aumento da desigualdade prejudica o nível e a sustentabilidade do crescimento”, e que “mesmo que o crescimento seja o único ou principal objetivo da agenda neoliberal, os defensores dessa agenda devem prestar atenção nos efeitos de distribuição”. Alertaram, ainda, que essas políticas geram “custos sociais substanciais” e que também “prejudicam a demanda” e aprofundam o desemprego²⁷.

5 – O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho foi criado tendo em vista a disparidade existente e inata à relação empregatícia. A hipossuficiência do trabalhador é derivada da posição de vulnerabilidade dentro da relação jurídica de trabalho, não tendo qualquer relação com salário, nível de educação ou de informação das partes. A vulnerabilidade se refere ao exercício efetivo da autonomia da vontade. Hoje essa noção não é exclusiva do Direito do Trabalho. Um consumidor é considerado hipossuficiente não importando sua condição pessoal: basta que figure na posição ativa de consumo (art. 4º, I, Lei nº 8.078/90). Da mesma forma, um idoso, para ser considerado credor de proteção integral, basta-lhe ter idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º da Lei nº 10.741/03). Não há direito do idoso ou do consumidor sem a noção de proteção.

24 *Idem, ibidem*. 13 meses de contribuição nos quatro anos antes do desemprego.

25 *Idem*, p. 16.

26 *Idem*, p. 17.

27 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fmi-diz-que-politicas-neoliberais-aumentaram-desigualdade.html>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

DOCTRINA

Da mesmíssima forma ocorre com o Direito do Trabalho. Conforme o primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho, “o trabalho não é uma mercadoria”. Esse princípio reconhece que a força de trabalho é uma ficção necessária para o funcionamento do capitalismo²⁸, sendo que o que existe, na vida real, é um ser humano que trabalha, sendo impossível a garantia da dignidade da pessoa humana sem a criação de um direito com racionalidade diferente daquele que lida com as coisas postas no mercado. O direito civil é inapto para realizar tal tarefa, afirma a Organização Internacional do Trabalho com esse princípio.

E esse direito com racionalidade diversa é o direito do trabalho, e sua base é o princípio da proteção. O direito do trabalho, assim, não pode ser considerado com “o ramo do direito que regula as relações de trabalho” ou que “prevê direitos e deveres a empregados e empregadores”. O direito do trabalho digno desse nome é o ramo do direito composto de regras, princípios, institutos e instituição que realiza a proteção do trabalhador nas relações de trabalho. A proteção, por sua vez, vai ser implementada ao limitar o poder do empregador, impedindo-o de impor sempre sua própria vontade. O pressuposto do direito do trabalho é que o empregador vai realizar sua vontade e vai transformá-la em cláusula contratual, impedindo a lei que isso ocorra em determinados momentos (arts. 9º e 444 da CLT).

Assim, neste momento, não há que ser contra ou a favor da reforma trabalhista. Esta já ocorreu. Esta é a hora, no entanto, de ser fiel ao direito do trabalho. E, como visto acima, não há direito do trabalho sem o princípio da proteção.

De fato, as novas regras, ao ingressarem na ordem jurídica, devem ser analisadas a partir do próprio sistema. Não há mais reforma: há regras que se inseriram em todo o arcabouço de comandos, de ordem constitucional, convencional ou legal, e que terão que dialogar entre si. Os dispositivos dos arts. 2º, 3º, 9º, 444 e 468, por exemplo, ainda estão em vigor. Os princípios do direito do trabalho, todos oriundos do princípio da proteção, ainda vigem.

A título de exemplo, tome-se o dispositivo a seguir trazido pela reforma:

“Art. 456-A. Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

28 POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DOCTRINA

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.”

Trata-se de uma não norma. De fato, é um dispositivo com forma de lei, mas somente conteúdo de natureza contratual. Ou seja, não tem eficácia nenhuma. Senão vejamos. No *caput* afirma-se que cabe ao empregador definir o padrão de vestimento no local de trabalho, o que decorre do poder diretivo do empregador. Também afirma que é lícita a inclusão no uniforme de logotipos. Ora, como não há dispositivo legal em sentido contrário, pelo princípio da legalidade, isso sempre foi permitido ao empregado. Entretanto, em nenhum momento está dito – e nem poderia estar – que o direito à imagem do trabalhador não deve ser resguardado, conforme determinam a Constituição da República (art. 5º, X e XXVIII, alínea *a*) e o Código Civil (art. 20). Por óbvio que é necessária a autorização do trabalhador e a remuneração pelo uso de sua imagem, conforme os dispositivos legais citados. O parágrafo é ainda mais sem eficácia: o trabalhador deve higienizar o uniforme, salvo em algumas situações. Esta última parte, as exceções, tem conteúdo normativo: o empregador não pode obrigar o empregado a higienizar uniformes se necessário procedimento ou produtos especiais. Mas, por óbvio, o tempo necessário para a higienização do uniforme nos casos permitidos é tempo de trabalho, pois o trabalhador está à disposição do empregador, devendo ser computado e, obviamente, remunerado, dado o caráter sinalagmático do contrato. Assim, o dispositivo legal citado pode ser considerado como uma não norma, pois não contém conteúdo normativo, não tendo eficácia prática nenhuma quando inserido no ordenamento jurídico.

O dispositivo foi trazido somente como exemplo, podendo ser reproduzido o exercício de transformação de previsões legais em direito em quase todas as “novidades” trazidas pela reforma vândala.

Se o legislador tentou destruir a coerência e a integridade do sistema, cabe ao intérprete a sua restituição. Não será a primeira vez: faz-se isso em todo o mundo, a toda hora. A todo o momento, juízes e outros intérpretes desfazem o delírio autoritário de estilo napoleônico da lei como regra fria e exata, que tentou legitimar o holocausto. E assim novamente será realizado pelos intérpretes do direito do trabalho.

6 – CONCLUSÃO

O caso brasileiro se aproxima mais do modelo ditatorial chileno do que o europeu. Ou seja, estamos prestes a aprofundar a desigualdade sem qualquer rede de proteção social. Quanto mais desiguais suportamos ser?

DOCTRINA

Em seu conto “As neves do Kilimanjaro”, Ernest Hemingway traz no início uma pequena história. Ele afirma que no topo nevado do Kilimanjaro, que é a montanha mais alta do continente africano, há um corpo de leopardo desidratado e congelado. Ninguém sabe como e por que o leopardo foi parar naquele local.

Estamos, atualmente, observando o leopardo subir rumo ao suicídio. Temos que impedi-lo de prosseguir esse caminho. As futuras gerações, caso assim não o façamos, com certeza irão perguntar como e por que deixamos ele chegar àquele local.

No jogo de xadrez, o xeque não indica o fim do jogo. Na realidade, inclusive, não há fim da história. Mas momentos de derrota – e suas consequências – podem ser evitados se os lances forem realizados em determinados momentos, principalmente naqueles em que a dignidade de um povo é posta em xeque.