

# Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas

Jorge Luiz Souto Maior<sup>1</sup>

## 1 Os direitos trabalhistas sob vigilância

Muitos olhares desconfiados de parte do setor econômico foram voltados para o Supremo Tribunal Federal depois que algumas decisões progressistas foram tomadas no âmbito daquela Casa a respeito do direito de greve no serviço público, notadamente no que se refere à impossibilidade do corte de ponto e à consequente preservação do salário durante a greve (vide Reclamações ns. 11.536; 11.847; 16.535 e Processo Eletrônico DJe-177).

A repercussão dessas decisões demonstra o quanto as questões trabalhistas se mantêm na centralidade das preocupações sociais, políticas e econômicas e como ainda é forte a resistência à afirmação de direitos trabalhistas na realidade brasileira, sobretudo no contexto neoliberal instaurado a partir da década de 90, cujo propósito foi, precisamente, reduzir, ou até eliminar, a proteção jurídica dos trabalhadores.

No Brasil, que conviveu com a escravidão em quase quatrocentos anos de uma história de 500 anos e que ainda convive com estruturas culturais escravistas, o advento dos direitos trabalhistas foi marcado por muita resistência do ainda restrito setor industrial. Depois de instituídos, esses direitos têm sido alvo de constantes ataques desferidos por esse mesmo setor – que só cresceu desde então, vale frisar – com os mais variados adjetivos e estigmas: no começo a legislação trabalhista seria “inoportuna”. Na sequência foi chamada de “fascista”, “partenalista”, “intervencionista”, “retrógrada”... Presentemente, vive sob o fogo das retóricas da “cubanização” e do “bolivarianismo”.

Cumprir compreender que esse modo de refutar a posição do Estado e de suas instituições frente às questões trabalhistas põe em grave risco o projeto constitucional, que está baseado na essência do valor social do trabalho e dos direitos sociais. Quando a retórica do “paternalismo” ganha força os direitos sociais tendem a perder eficácia, não só do ponto de vista da construção teórica, mas, sobretudo, no aspecto da sua concretização, porque a efetividade de muitos desses direitos depende da implementação de políticas públicas que intervenham diretamente nas relações sócio-econômicas, sendo que no que se refere especificamente aos direitos trabalhistas é inegável a necessidade de um Estado que não apenas proclame esses direitos, mas que também garanta a sua aplicabilidade com serviços de fiscalização, impondo limites aos interesses meramente econômicos, notadamente do grande capital.

Quando esse projeto constitucional, que se traduz pela ideia de uma democracia pautada pelo Direito Social, é apelidado de “paternalista” – seja lá o que queira dizer com

---

<sup>1</sup> Juiz do trabalho e professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

isso, afinal os direitos liberais clássicos, propriedade e contrato, não existem sem a força coercitiva do Estado tanto para garantir a eficácia dos tratos negociais quanto para impedir a rebeldia dos excluídos do “sagrado” direito de propriedade, ou seja, sem um “parteralismo” em favor da classe dominante – corre-se o risco dos direitos trabalhistas virarem fumaça. Claro que não há nisso muita novidade, pois como já advertia Marx, mais cedo ou mais tarde as coisas se revelam e tudo que era sólido se desmancha no ar...

É, por isso, bastante oportuno verificar o quanto esses ataques ideológicos, que já se expressaram, no início da era neoliberal, em fórmulas como “modernidade” e “globalização”, visam mascarar a realidade da sociedade de classes, trazendo consigo, no âmbito específico das relações de trabalho, para essa mesma finalidade, noções como as de “parceiros sociais” e de “colaboradores”, e que hoje, em época nem tão distinta assim, se valem de outras fórmulas como a do “bolivarianismo”, tudo para minar a eficácia dos direitos trabalhistas, sendo que, presentemente, o risco é ainda maior na medida em que já não se fala mais eufemisticamente em flexibilização e se sim de retirada, pura e simples, de direitos.

Claro que nada disso se manifesta de forma clara e mesmo a existência de um projeto neste sentido será negada por todas as formas.

Cumprir analisar, com cuidado metodológico, portanto, o que vem ocorrendo nas relações de trabalho desde a década de 90, pois isso permitirá perceber a continuidade de um projeto que visa minar a força dos direitos sociais e trabalhistas, para a satisfação de interesses estritamente econômicos, sem apoio em qualquer projeto de sociedade, ou seja, apenas para favorecimento do capital que atua em escala mundial.

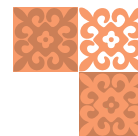
## 2 Ataques aos direitos trabalhistas na década de 90

Na década de 90 os direitos trabalhistas foram alvo de diversos ataques, alguns vindos diretamente do Executivo.

As reformas legislativas encontravam, no entanto, três obstáculos: a Constituição de 1988, que conduziu ao Capítulo dos Direitos Fundamentais as conquistas trabalhistas, inscritas no art. 7º., acompanhado da ampliação do direito de greve no art. 9º.; uma doutrina jurídica trabalhista resistente à derrocada de direitos, inspirada nos princípios do Direito do Trabalho e na própria instrumentalidade constitucional; e a Justiça do Trabalho, impulsionada também pela atuação de uma combativa advocacia trabalhista e pelo ativismo do Ministério Público do Trabalho, o qual ganhou bastante relevo após a Carta de 88.

## 3 A Reforma do Judiciário – ditada pelo Banco Mundial

Corria em paralelo, como forma de completar a obra neoliberal, um projeto de Reforma do Judiciário, iniciado, de fato, em 1994, e que previa nada mais, nada menos, que o fim da Justiça do Trabalho.



A Reforma do Judiciário se insere no contexto de um projeto internacional, vez que o neoliberalismo é uma forma global de impulsionar o capitalismo. O propósito da Reforma era o de impedir que o Direito, os juristas e os juízes constituíssem empecilhos à imposição da lógica de mercado.

Essa, ademais, não é mera interpretação individual da história. Está consignada, com todas as letras, no Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial: “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma”, elaborado por Maria Dakolias, denominada “especialista no Setor Judiciário da Divisão do Setor Privado e Público de Modernização” (tradução de Sandro Eduardo Sardá, publicado em junho de 1996).

Ainda que no prefácio do Documento, elaborado por SriRam Aiyer, Diretor do Departamento Técnico para América Latina e Região do Caribe, haja a advertência de que “As interpretações e conclusões expressadas neste documento são de inteira responsabilidade dos autores e não devem de nenhuma forma serem atribuídas ao Banco Mundial, as suas organizações afiliadas ou aos membros de seu quadro de Diretores Executivos ou aos países que eles representam. O Banco Mundial não garante a exatidão dos dados incluídos nesta publicação e não se responsabiliza de nenhuma forma pelas conseqüências de seu uso”, é mais que evidente que a sua publicação representa uma forma de influenciar as políticas internas dos diversos países, sobretudo aqueles considerados “em desenvolvimento”, até porque o próprio prefaciador se revela quando diz ao final: “Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário.”

#### **4 Novos ataques aos direitos trabalhistas no início dos anos 2000**

Na década seguinte a saga persiste com o advento da Lei n. 10.101/00, que regulou a participação nos lucros e nos resultados, recusando a natureza salarial do montante pago a tal título e prevendo a instituição de mediação ou de arbitragem de ofertas finais para a solução das controvérsias decorrentes da aplicação da lei, de modo a dar impulso ao projeto já iniciado, em 12 de janeiro de 2010, com a edição das Leis ns. 9.957/00 (sumaríssimo) e 9.958/00 (comissões de conciliação prévia), no sentido da integração de modos extrajudiciais de solução de conflitos às relações de trabalho, contribuindo, assim, para o esvaziamento da participação da Justiça do Trabalho.

Na sequência adveio a Lei n. 10.243/01, que, alterando o art. 458, da CLT, afastou a natureza salarial de diversas parcelas recebidas pelo trabalhador em contraprestação ao trabalho prestado.

No apagar das luzes do governo FHC, mais precisamente no dia 05/10/01, foi enviado, pelo próprio Executivo, ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.483, que alterava o artigo 618 da CLT, visando a institucionalizar o negociado sobre o legislado. O projeto entrou com regime de urgência e tramitou a passos largos, tendo sido levado a plenária no dia 26/11/01 e posto em discussão nos dias 27 e 28/11/01, até que, em 04/12/01, foi aprovado e enviado, no dia 06 de dezembro, ao Senado Federal.

Em março de 2002, o projeto deveria ter sido votado, mas negociações para a aprovação da CPMF fizeram com que o regime de urgência fosse cancelado e depois novos ajustes e a proximidade com a eleição mantiveram o projeto sem tramitação.

O ano de 2002 acabou sendo um marco da desaceleração desse processo, o que pode ser creditado, por certo, ao avanço da candidatura de Luís Inácio Lula da Silva, que deu força para os atos de resistência à derrocada de direitos, especialmente no âmbito acadêmico, com reflexos na Justiça do Trabalho.

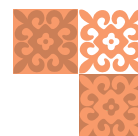
Do ponto de vista legislativo, no entanto, ainda que com menor intensidade, em 2003 mantém-se a lógica anterior.

O Ministério do Trabalho inaugurou, em fevereiro de 2004, um movimento de “faxina” da CLT, como se a CLT contivesse disposições que seriam autênticos lixos. Criou-se um Conselho responsável por colocar em discussão a legislação social, o que, por si, permitiu que a legislação trabalhista fosse, mais uma vez, alvo de muitos ataques. Pautou-se uma reforma sindical, que, partindo do pressuposto de que a reforma fortaleceria os sindicatos, retomava a idéia do negociado sobre o legislado.

No mesmo ano de 2004, após a edição da Emenda Constitucional n. 41/03, que aumentou o tempo para a aposentadoria, substituindo o requisito do tempo de serviço para tempo de contribuição, o governo federal utilizou todas as suas armas para influenciar decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de taxação dos inativos, o que se concretizou, em 18 de agosto de 2004, no julgamento das ADIs 3105 e 3128, prevalecendo, por 7 a 4, o voto do Min. Cezar Peluso.

Cumpramos lembrar que a EC 41 (que trazia também, a implementação imediata do teto remuneratório criado pela EC 19/98 e a implementação da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos) estava inserida no contexto de uma Reforma do Estado iniciada em 1998, com a EC n. 19/1998, seguida da EC 20/1998 (esta com foco na Previdência). A Reforma do Estado buscava atrair para os entes administrativos a lógica de mercado. A EC 19/98 encampou expressamente o princípio da eficiência no caput do art. 37 e admitiu a possibilidade de servidores estáveis perderem o cargo por insuficiência de desempenho e por excesso de gastos da Administração Pública, consolidando a ideia de subsidiariedade do Estado, que foi iniciada em 1995 com a criação do MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Na ocasião, o então Ministro Bresser Pereira criou uma cartilha neoliberal de enxugamento da Administração Pública, da qual adveio a intensa – e inconstitucional – utilização da terceirização no serviço público.

Ainda na linha do resgate histórico da EC 41, vale lembrar que foi nesse período que se deu impulso pesado para as terceirizações, principalmente com a criação do Ministério da Administração e da Reforma do Aparelho do Estado, embora as Leis 8.031/90 e 9.491/97 já tivessem se referido a respeito. A pressão pela contenção dos gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) também estimulou a terceirização, pois ainda que equiparasse terceirização de mão de obra a gastos com pessoal, a terceirização por meio da contratação de serviços sempre foi deixada de fora do limite orçamentário pelos Tribunais de Contas.



Voltando aos anos 2000, em 2005, adveio um dos maiores baques dos direitos trabalhistas, a Lei n. 11.101, da recuperação judicial, que retirou do crédito trabalhista (superior a 150 salários mínimos) o caráter privilegiado com relação a outros créditos, buscou eliminar a sucessão trabalhista e tem servido até hoje como forma de institucionalização do “calote” trabalhista.

Em março de 2007, chegou a ser aprovado no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar (PLC n. 7.272/05), que criou a denominada “Super Receita”. No bojo dessa lei se inseriu, pela Emenda aditiva (n. 3), de autoria do Senador Ney Suassuna, apelidada de Emenda 3, a retirada do poder de fiscalização dos fiscais do trabalho.

## 5 A resistência jurídica

### a) O papel do TST (resistência e contradição)

Na década de 90, a propaganda neoliberal, que se apresentava, à época, como pensamento único, repercutiu na jurisprudência trabalhista, notadamente do TST. Mesmo seguindo uma dinâmica típica da jurisprudência trabalhista, de balançar para os dois lados para se mostrar imparcial, nas questões mais relevantes o trabalhador perdeu direitos, cumprindo dar destaque, do ponto de vista negativo, ao advento, em 1993, do En. 331, que, contrariando o En. 256, passou a autorizar – e até incentivar – a prática da terceirização.

O ano de 2002, no entanto, como destacado acima, marca uma desaceleração no processo de retração de direitos trabalhistas, com o TST assumindo um papel importante nesse contexto.

Em abril de 2002, tomam posse os novos dirigentes do TST: Ministros Francisco Fausto (Presidente), Vantuil Abdala (Vice-Presidente) e Ronaldo Lopes Leal (Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho). No discurso de posse, proferido em 10 de abril, o Ministro Fausto deixou claro que “A legislação trabalhista não pode ser objeto de mudanças fundadas em interesses momentâneos, circunstanciais. O Direito do Trabalho corresponde a um sistema e a uma conquista não só do Brasil, mas de todo o mundo. Qualquer mudança não pode ser objeto de mera portaria ou resolução, tem de ser precedida de um profundo debate técnico”. E destacou: “Esse posicionamento nada tem de paternalista. Trata-se de uma visão tutelar do tema, ou seja, a importância de salvaguardar os direitos trabalhistas, que não foram criados pelo Judiciário, mas pela legislação que consagrou uma conquista universal. Direitos como o repouso semanal remunerado, licença para tratamento de saúde, dentre inúmeros outros, são comuns à humanidade como um todo”.

É possível perceber, nesse período, uma efetiva mudança de postura do TST frente aos direitos trabalhistas, fazendo-se uma oposição clara ao que havia ocorrido na década de 90.

Com efeito, em 25 de setembro de 2003, por meio da Resolução n. 119/2003, foi cancelado o Enunciado 310 do TST, que limitava a atuação do sindicato processual, na qualidade de substituto processual, dos sindicatos.

Em outubro do mesmo ano, o TST fez uma revisão de todos os seus Enunciados, que foi explicitada na Resolução n. 121/03, revisão esta que, no cômputo geral, representou um aumento na proteção jurídica do trabalhador.

Tratando, especificamente, dos Enunciados editados na década de 90, todos aqueles que eram favoráveis aos trabalhadores foram mantidos (305, 319, 320, 324, 325, 328, 334, 339, 343, 346, 348, 350, 351, 360, 361, valendo o esclarecimento de que o cancelamento do Enunciado 334, que já se dado na década de 90, foi favorável aos trabalhadores). Já os Enunciados contrários aos interesses dos trabalhadores, seguindo o rol acima, foram, mais da metade, cancelados ou alterados (308; 310; 315; 316; 317; 318; 322; 323; 326; 327; 329; 330; 331; 332; 340; 342; 345; 347; 349; 354; 355; 358; 359; 362; 363 – em negrito os que foram cancelados ou sofreram alterações)

Esclareça-se que os Enunciados 330 e 331 já tinham sofrido alterações no início dos anos 2000. Na tentativa de amenização de alguns dos efeitos de deletérios dos entendimentos contidos nos respectivos dispositivos, em abril de 2001 (Res. 108/2001), o Enunciado 330 ganhou nova redação: “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.”

E, em 2003, no bojo da Res. 121/03, o En. 330 passou a ter o seguinte teor:

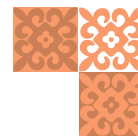
**QUITAÇÃO. VALIDADE.** A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

No que tange ao Enunciado 331, a Res. 96/2000 alterou o inciso IV, para atribuir responsabilidade subsidiária também aos entes públicos que se valessem de trabalhadores terceirizados:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).



Foram avanços importantes, mas ainda tímidos porque, na lógica do mal menor, foi mantida a derrota representada pelo Enunciado 331, sendo que a própria alteração, realizada em 2000, no inciso IV do Enunciado, acabou significando uma forma de legitimar a terceirização no setor público, que, ademais, só cresceu desde então. Além disso, quando chamado a se pronunciar sobre a denúncia da Convenção 158 da OIT, mesmo nesse período, o TST foi avesso à proteção da garantia constitucional contra a dispensa arbitrária (RR 365789-88.1997.5.03.5555, publicado em 15/08/2003; RR 365745-69.1997.5.03.5555, publicado em 26/10/2001; RR 449752-57.1998.5.03.5555, publicado em 12/04/2002; RR 441221-79.1998.5.03.5555, publicado em 04/05/2001; RR 537812-79.1999.5.17.5555, publicado em 30/05/2003).

Em 2005, o TST, sob a direção de Min. Vantuil Abdala (Presidente), Min. Ronaldo Lopes Leal (Vice-Presidente) e Min. Rider Nogueira de Brito (Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho), promoveu nova revisão de seus Enunciados, que passaram a ser denominados Súmulas (Resolução n. 129, 5 de abril de 2005).

Essa revisão, todavia, foi mais tímida ainda no que se refere à proteção dos direitos dos trabalhadores, tendo, inclusive, resgatado vários entendimentos jurisprudenciais construídos na década de 90, que estavam integrados a OJs, conferindo-lhes o status de Súmulas (ns. 364 a 396). Mesmo assim, pode-se dizer que no cômputo geral as novas Súmulas favoreceram os trabalhadores, com a ressalva de que produziram também várias retrações de direitos.

Em 27 de maio de 2011, por intermédio da Resolução 174, o TST anunciou novas alterações que resultaram na edição das Súmulas ns. 426, 427, 428 e 429; a revisão das Súmulas ns. 74, 85, 219, 291, 326, 327, 331, 364, 369 e 387; a manutenção da Súmula n. 102; e o cancelamento da Súmula n. 349.

Em setembro de 2012, nova revisão das Súmulas do TST, anunciada pela Resolução n. 185, tendo sofrido alterações as Súmulas, 6, 10, 124, 221, 228, 244, 277, 337, 378, 369, 385, 428 e 431. Além disso, foram editadas as Súmulas ns. 438, 439, 440, 441, 443 e 444 e canceladas as Súmulas 136 e 343.

Percebe-se nessas alterações iniciadas em 2011 uma tendência de ampliação da proteção jurídica dos trabalhadores, apesar da influência negativa, na Súmula 228, da Súmula vinculante n. 4, do STF.

Por fim, em 19 de maio de 2014, na Resolução 194, noticia-se a alteração do item II da Súmula nº 262 e a edição das mais recentes Súmulas do TST, ns. 449 a 458, que, uma vez mais, apontam o direcionamento de reforçar a racionalidade protetiva do Direito do Trabalho.

Claro que ainda se podem manifestar muitas críticas aos entendimentos jurisprudenciais do TST. Em texto publicado em maio de 2009, por exemplo, expressei avaliação crítica a várias Súmulas, e muitas delas ainda hoje se mantêm. Reitere-se, a propósito, que a Súmula 331, que é hoje defendida como forma de resistir à tentativa empresarial de ampliação do alcance da terceirização, foi a responsável pela legitimação da terceirização

e representou ao longo dos 21 anos de sua existência o fundamento para a imposição de um enorme sofrimento à classe trabalhadora, conforme pode ser constatado documentalmente nos processos judiciais que tramitaram nesse mesmo período na Justiça do Trabalho. Registre-se, ainda, a negativa da Justiça do Trabalho em reconhecer a aplicabilidade imediata do preceito constitucional que veda a dispensa arbitrária, a insistência em conferir validade ao banco de horas, às tais horas extras habituais, ao regime de 12 x 36, em pronunciar a prescrição quinquenal e bienal das ações de indenização por acidentes do trabalho, com recusa à declaração da responsabilidade objetiva etc.

Mesmo assim não é possível negar a importante resistência exercida pelo Tribunal Superior do Trabalho nos anos de 2002 e 2003, com uma retomada a partir de 2011, frente às sucessivas reivindicações de derrocada plena dos direitos trabalhistas, cumprindo reconhecer que muitas das últimas decisões representaram, de fato, importantes avanços na proteção jurídica dos trabalhadores, como, por exemplo, os entendimentos refletidos nas Súmulas 244 (III), 277, 378 (III), 428 (II), 440 e 443.

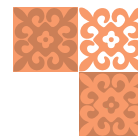
#### **b) A técnica jurídica trabalhista como instrumento de resistência**

A ampliação da proteção dos trabalhadores é possibilitada, precisamente, pelo respeito à técnica jurídica trabalhista, vez que a melhoria da condição social dos trabalhadores tem sede constitucional e é exatamente a desconsideração dessa técnica e o desconhecimento histórico da relevância dos direitos trabalhistas, vistos como instrumentos de organização do próprio modelo de sociedade capitalista, que põem em grande risco a eficácia desses direitos. Essa situação de risco se evidenciou quando o Supremo Tribunal Federal, ponderando valores com uma racionalidade liberal, passou a julgar, com maior frequência, as questões trabalhistas.

Veja-se, por exemplo, o que se passou na questão da terceirização no setor público. Os posicionamentos do TST, mesmo aquém do potencial de proteção jurídica ideal dos trabalhadores, que conduziria à negação da validade da terceirização, conforme, aliás, dispunha o Enunciado 256, do TST, o que se impõe com maior razão no setor público dada a obrigatoriedade constitucional do concurso público, percebendo a perversidade a que estavam sendo submetidos os trabalhadores terceirizados nas repartições públicas, passou a entender, a partir de 2000, que o ente público era responsável subsidiário pelos direitos trabalhistas não respeitados dos terceirizados, embora este avanço traga a contradição, já denunciada acima, de legitimar a terceirização no serviço público.

Ocorre que, em novembro de 2010, por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADC 16) declarou a constitucionalidade do § 1º. do art. 71 da Lei 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações, buscando, com isso, eliminar a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, o que exigiu do TST alterar a sua Súmula 331, no sentido de extrair a responsabilidade objetiva, mas pensando na necessidade de proteger o trabalhador, passar a expressar a possibilidade da fixação de uma responsabilidade subjetiva, baseada na culpa “in vigilando”. Esta a origem da alteração sofrida pela Súmula 331, em maio de 2011, que passou a trazer a seguinte redação nos incisos V e VI:





V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

### c) Outros atores entram em cena

A propaganda neoliberal da década de 90, patrocinada por grupos econômicos internacionais e incentivada, internamente, pelo próprio governo federal, resultou, como visto, em reformas legislativas que provocaram várias reduções de direitos dos trabalhadores. Mas, como se sabe, ou se deveria saber, o direito não se resume às leis e a aplicação concreta dessas leis requeria a intermediação dos profissionais do direito, notadamente, juízes, advogados, procuradores e professores.

Em outras palavras, o implemento das leis restritivas de direitos dependia, ainda, de uma reformulação conceitual do Direito do Trabalho que pudesse influenciar a atuação dos profissionais referidos. Foi por isso que naquele período teve início uma campanha muito grande em torno da necessidade de reformulação das bases teóricas do Direito do Trabalho, ganhando força a teoria da “flexibilização”, cujo objetivo principal era difundir a necessidade de uma releitura dos princípios do Direito do Trabalho, para destruir, sobretudo, a ideia de proteção do trabalhador, tida, então, como ultrapassada, além de rígida demais diante das exigências dos tais “novos paradigmas” do processo produtivo.

Precisava-se, assim, de uma reforma mais ampla, que deveria partir da reformulação dos cursos jurídicos e que terminaria, de forma interligada, na Reforma do Judiciário.

Não é à toa, portanto, que o projeto de Reforma do Judiciário, apresentado pelo Banco Mundial, preconizava a necessidade de remodelação dos cursos jurídicos para que fossem voltados à formação de profissionais “treinados” para a aplicação de técnicas tendentes a favorecer a lógica de mercado.

Assim, também não é coincidência que no final da década de 90 uma proposta de reforma da estrutura departamental na Faculdade de Direito da USP previa, dentre outras mudanças, a extinção do Departamento de Direito do Trabalho. À época, ademais, vários foram os Seminários e obras que decretavam o fim do princípio da proteção, com condenação ao banimento do termo “hipossuficiência”, que, assim, nunca mais poderia ser pronunciado.

Mas essa necessária interlocução com os profissionais do Direito do Trabalho não foi tão tranquila quanto se planejava. Bem ao contrário, foi bastante tensa porque boa parcela desses profissionais não se convenceu dos argumentos que fundamentavam as propostas de reformas, tendo sabido identificar as reais motivações, meramente econô-

micas, que as inspiravam. Claro, houve também o desenvolvimento de uma contradição insuperável, já que parte da resistência era pautada também por uma lógica de mercado, preocupados que estavam muitos desses profissionais com a reserva de mercado para a sua atuação, ameaçada de desaparecer.

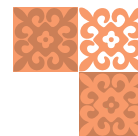
Fato é que em paralelo à teoria da flexibilização formou-se uma forte corrente, que rapidamente ganhou grande expressão, de contrariedade à flexibilização, posicionando-se, por consequência, na defesa do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, também ameaçada de extinção.

Verifica-se, desde o final da década de 90, um embate declarado de ataque e resistência, tendo como objeto o Direito do Trabalho.

No final de 2001, uma mobilização bastante forte contra o desmanche da legislação trabalhista promovida pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas), pela ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho) e pela ABRAT (Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas), encabeçada por seus presidentes, respectivamente, Hugo Cavalcanti Melo Filho, Regina Butrus e Luís Carlos Moro, resultou em grande ato de “militância” quando juízes, procuradores e advogados, munidos de liminar em Habeas Corpus, concedida pelo Min. do STF, Sepúlveda Pertence, ocuparam o Congresso Nacional para se manifestarem contrários à aprovação do projeto de alteração do art. 618 da CLT.

A atuação política desses profissionais, organizada nacionalmente, aliada à posição assumida pelo Presidente do TST, Ministro Fausto, em 2002, conferiu a força política necessária para que ao final das discussões da Reforma do Judiciário, que resultou na Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a Justiça do Trabalho não apenas não fosse extinta como saísse fortalecida, com a ampliação da sua competência, especialmente no que se refere às questões pertinentes aos acidentes do trabalho, que até então eram julgadas pela Justiça comum.

Essa mesma visibilidade nacional, que se conferiu ao Direito do Trabalho, permitiu que já no início dos anos 2000 o Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP não só não fosse extinto como saísse reforçado com a integração, de forma institucional, da área de Seguridade Social. O Departamento, então, passa a ser denominado Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, deixando a situação vexatória em que se encontrava, de possuir apenas 05 (cinco) professores, para atingir posição de relevo, chegando ao número atual de 14 (quatorze) professores. Nesta evolução foi bastante sintomática a alteração da linha de pesquisa do Departamento que era, no final da década de 90, “flexibilização do Direito do Trabalho”, para ser, desde 2002, “Direitos Sociais no Contexto dos Direitos Humanos”. E como registro histórico dessa mudança, cumpre verificar a enorme ascensão do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social no âmbito da Faculdade, notadamente na quantidade de alunos envolvidos em estudos e pesquisas nas suas respectivas disciplinas. Vale informar, por oportuno, que alguns professores e muitos alunos estão desenvolvendo atualmente estudos na linha da crítica marxista do direito, embora seja fato também que alguns ainda preservem análises na perspectiva da “flexibilização”.



Dentro dos planos do projeto neoliberal contavam-se como certas a desmoralização do Direito do Trabalho e a consequente extinção da Justiça do Trabalho. Assim, o fortalecimento da Justiça do Trabalho (e do Direito do Trabalho) foi um ponto fora da curva do projeto de reforma neoliberal, tanto que o jornal O Estado de S. Paulo não se agüentou e publicou, no dia 22 de novembro, de 2004, editorial com a seguinte reclamação: “Entre as diversas inovações introduzidas pela reforma do Judiciário, a que causou maior surpresa ocorreu no âmbito da Justiça do Trabalho. Em vez de ser esvaziada como se esperava, por ter sido criada há décadas sob inspiração do fascismo italiano e estar hoje em descompasso com as necessidades da economia, a instituição, graças à ação do seu poderoso lobby no Senado, especialmente no decorrer da votação dos destaques, conseguiu sair bastante fortalecida”.

Exemplo relevante da resistência organizada contra a derrocada de direitos ocorreu com o advento da denominada Emenda 3, que esvaziava o papel do Ministério do Trabalho e Emprego, como órgão de fiscalização da aplicação dos direitos trabalhistas, cuja votação no Congresso Nacional se daria em 2007. A comunidade jurídica trabalhista e a classe trabalhadora se mobilizaram muito fortemente contra essa Emenda. Houve intensa atuação de diversos setores trabalhistas e por conta dessa pressão social, jurídica e sindical, sobretudo da Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Presidente Lula, em 16 de março de 2007, vetou a lei.

Mas a situação para os trabalhadores continuou ameaçadora. Ainda em 2007, no dia 06 de setembro, o Deputado Cândido Vaccarezza, do PT de São Paulo, apresentou Projeto de Lei para modificação total da CLT, que flexibilizava vários direitos, regradados legalmente, e ainda recuperava a estratégia do negociado sobre o legislado. O projeto somente não foi adiante em razão de forte resistência do meio jurídico.

Dado marcante da posição assumida pelos juízes do trabalho acerca da relevância social, política e econômica do Direito do Trabalho, se deu na 1ª Jornada dos Juízes do Trabalho, realizada em Brasília, em dezembro de 2007. Os Enunciados aprovados destacaram uma nítida tendência de humanização das relações de trabalho, sem submissão às exigências de mercado.

A recuperação do Direito do Trabalho se retroalimentou do reforço política conferido à Justiça do Trabalho. Concretamente, ao ser trazida para a Justiça do Trabalho a competência para julgamento das ações decorrentes de acidentes do trabalho, abriu-se ao Direito do Trabalho e à jurisprudência trabalhista um novo horizonte, o da percepção não-econômica das relações de trabalho, reforçando sua perspectiva humanista do direito e favorecendo a construção de uma jurisprudência pautada pelos princípios e pela técnica dos Direitos Humanos.

Nesse novo contexto passaram a habitar o cotidiano das Varas do Trabalho questões envolvendo o dano moral, o assédio moral e, mais presentemente, desde 2007, o dano social (“dumping social”), que explicitam a relevância do respeito aos direitos sociais na própria conformação da sociedade capitalista, fazendo sobressair a proteção da condição humana dos trabalhadores.

## 6 Crise de 2008: novos ataques, novas resistências

Em 2008, sob o pretexto da crise mundial, cujos efeitos, por diversos motivos, ainda não se faziam sentir no Brasil, o Presidente da Vale do Rio Doce (Vale S/A) encabeçou um movimento de reivindicação pública em torno da flexibilização das leis trabalhistas do país, como forma de combater os efeitos da crise financeira.

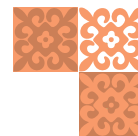
Sua manifestação, acompanhada do ato de demitir 1.300 empregados, deflagrou um movimento nacional, claramente organizado, sem apego a reais situações de crise, no qual várias grandes empresas começaram a anunciar dispensas coletivas de trabalhadores, para fins de criarem um clima de pânico e, em seguida, pressionar sindicatos a concordarem com a redução de direitos trabalhistas, visando alcançar a eternamente pretendida diminuição do custo do trabalho, que também serve às empresas no pleito, junto ao Estado, de concessão de benefícios fiscais.

Na ocasião foi bastante relevante a resistência da comunidade jurídica. Na linha do Manifesto de 2006, “Não compraremos seus carros hoje”, assinado por centenas de juristas, posicionando-se criticamente contra a iniciativa da Volkswagen de dispensar, por meio de cartas, 1.800 empregados, como estratégia de pressão para a redução de salários, reiterando conduta já assumida pela empresa em 2001 e em 2003, essa mesma comunidade jurídica organizou e publicou, em janeiro de 2009, o “Manifesto Contra Oportunismos e em Defesa do Direito Social”, assinado por cerca de 300 profissionais da área do Direito do Trabalho, destacando a falácia da reivindicação feita por parte do segmento empresarial.

O posicionamento reforçou decisão do TRT da 2ª. Região, publicada em 15 de janeiro de 2009, tendo como Relatora a Des. Ivani Contini Bramante. Na sequência, em fevereiro de 2009, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em decisão monocrática do Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, deferiu liminar para impedir as dispensas de 1.500 trabalhadores pela Usiminas sem o critério da negociação coletiva prévia. Na mesma linha, julgou o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, tendo como Relator o Desembargador José Antônio Pancotti. Essas decisões constituíram os precedentes para um novo posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho a respeito das dispensas coletivas de trabalhadores.

A posição assumida pela Justiça do Trabalho foi sentida no meio empresarial, tanto que, imediatamente, provocou uma reação que se expressou no Editorial do jornal *Estadão*, de 08 de abril de 2009, “Ativismo dos TRT’s pode agravar efeitos sociais”, pelo qual se punha ao ataque das referidas decisões, sob os argumentos de que

decisões como essas podem produzir efeitos sociais diametralmente opostos aos esperados pela magistratura. Isto porque, ao impedir os empregadores de dispensar pessoal para se adequar à realidade do mercado, as liminares “protetoras” podem comprometer economicamente as empresas, eliminando todos os empregos que elas oferecem. (...)



As demissões da Embraer, por exemplo, decorreram da redução de 30% na demanda de aviões no mundo inteiro. No caso da Usiminas, que tem cerca de 30 mil funcionários e é a maior produtora de aços planos do Brasil, a empresa vinha sendo modernizada tecnologicamente por seus novos controladores, a Votorantim e a Camargo Corrêa, a um custo de R\$ 25 milhões, e foi afetada por cancelamento de encomendas, queda nas exportações e oscilações das encomendas das indústrias automobilísticas e de eletrodomésticos, que consomem 23% de sua produção.

Em suma, o que se preconizava era que cabia à classe trabalhadora assumir os prejuízos decorrentes do risco da atividade econômica e não às empresas e, ademais, os prejuízos não precisariam sequer ser demonstrados, bastando que fossem alegados ou presumidos, como se deu no caso da EMBRAER, ou que tivessem sido construídos historicamente por negócios mal feitos, gerando descapitalização da empresa em benefício do enriquecimento de sócios, diretores e acionistas majoritários.

No mesmo ano de 2009, o fantasma da Emenda 3 ressurgiu, em razão da possibilidade da derrubada do veto presidencial à Emenda pelo Congresso Nacional. Contra isso mobilizaram-se, em maio, diversas entidades, mediante manifesto, que foi bastante importante para a manutenção do veto.

É no bojo desse embate político que, em junho de 2009, após voto pela procedência total, proferido pelo Min. Joaquim Barbosa, sendo que já haviam votado pela procedência parcial os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Brito, por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi suspenso o julgamento da ADI 1625, movida, em junho de 1997, pela CONTAG e CUT, na qual se pleiteia a declaração da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT (até hoje o julgamento não retornou à pauta).

## **7 2011 em diante: a retomada do projeto neoliberal**

Do ponto de vista legislativo, o ano de 2010 transcorre sem muitas novidades. Em termos trabalhistas é votada uma única lei, a de n. 12.347, em 10 de dezembro, que é favorável aos trabalhadores, vez que revoga o artigo 508 da CLT que previa a justa causa do empregado bancário, no caso de falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis. Aliás, é interessante notar como nos anos de eleição, 2002, 2006 e 2010, os ataques aos direitos dos trabalhadores cessam, retomando a carga no ano seguinte.

Mas, demonstrando que o projeto neoliberal não foi eliminado, em junho de 2011, o PL 4.330, de autoria do Deputado Federal e empresário, Sandro Mabel, que visa ampliar, sem qualquer limite, a terceirização, e que estava paralisado no Congresso desde 2004, quando foi apresentado, volta a tramitar, impulsionado pelo substitutivo do Deputado Roberto Santiago (PV-SP).

Como reação, em novembro de 2011, criou-se o Fórum em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, quando também foi lançado “Manifesto em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização”, escrito coletivamente por representantes do Cescit/Unicamp (Centro de Estudos Sindicais e de

Economia do Trabalho); da ANPT- (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT)); da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho); das Universidades Federais da Bahia e de Minas Gerais, e do Dieese, tendo sido subscrito, também, pelas centrais CUT e CTB.

Em meados de 2012, um anteprojeto de lei gestado no Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, filiado à CUT, propondo a institucionalização de um Acordo Coletivo Especial (ACE), foi enviado ao governo para que fosse apresentado pelo Executivo ao Congresso Nacional. O projeto, em certo sentido, revigorava a tentativa do governo de Fernando Henrique Cardoso de implementar o negociado sobre o legislado, favorecendo, no jogo livre das forças, em uma conjuntura de desemprego estrutural, aos interesses empresariais.

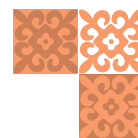
Coincidência, ou não, no mesmo ano de 2012, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresentou um paper com o título, “101 Propostas para Modernização Trabalhista”, tendo por objetivo explícito defender a redução dos “altos custos” do emprego formal, vistos como um dos mais graves entraves ao aumento da competitividade das empresas brasileiras. Em certo sentido, esse documento retratou o avanço doutrinário e jurisprudencial vivenciado pelo Direito do Trabalho desde 2002, pois que a par de continuar fazendo críticas à “vetusta CLT”, pôs-se no ataque às posições assumidas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos últimos anos, acusando-as de “irracionais”.

Em 2013, quando a CLT completou 70 (setenta) anos, foi a oportunidade que se esperava para, novamente, desferir novos ataques aos direitos trabalhistas, reiterando o argumento, utilizado desde quando a CLT completou 50 anos, de que o Diploma jurídico trabalhista é ultrapassado.

Mas falemos a verdade. Para o empresariado brasileiro a legislação trabalhista nunca foi bem-vinda. De fato, primeiro ela era inoportuna, depois ultrapassada e aos seus olhos sempre foi custosa e rígida.

Mal o ano de 2014 começou e o Presidente da Fecomercio/SP (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo), Abram Szajman, em artigo intitulado, A derrota do país na área trabalhista, publicado no jornal Folha de S. Paulo, conseguiu, em poucas palavras, explicitar tudo que se está tentando explicar ao longo desse longo texto. Em suma, o que explicita o autor é que o empresário deve cumprir a lei tributária, mas no que tange à lei trabalhista está livre para descumpri-la, aliás, como sempre esteve, sendo totalmente impróprio que venha o governo agora tentar “penalizar todo e qualquer desvio das normas regulamentadoras, mesmo quando acertado livremente de comum acordo entre empregador e empregado”.

E com tantas dificuldades para os trabalhadores, o ano de 2014, sob o patrocínio do próprio governo federal, ainda trouxe, no bojo do Decreto n. 8.243, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS), um projeto de lei que visa a criação de um Sistema Único do Trabalho (SUT), pelo qual, de forma bastante sutil, é mais uma vez retomada a ideia embutida na Emenda 3, de negar o caráter de indisponibilidade da legislação trabalhista.



O SUT, sob o pretexto de aumentar a participação dos trabalhadores – e dos empregadores – nas deliberações sobre as relações de trabalho, acaba por fragilizar a eficácia da legislação trabalhista ao ser posta em mesa de debate, quando o que se esperava do governo é que fizesse cumprir o projeto constitucional de essencialidade dos direitos trabalhistas.

Cumpria ao governo federal, isto sim, prestigiar as instituições voltadas à efetivação dos direitos trabalhistas, tais como o Ministério do Trabalho e Emprego, no setor específico da fiscalização do trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, e não se dedicar à criação de uma estrutura cara e complexa como o SUT, na qual o papel dessas instituições é mitigado, abrindo-se espaço para a formalização de um pretensão diálogo entre o capital e o trabalho sem a fixação do pressuposto necessário da relevância da eficácia dos direitos trabalhistas e do encaminhamento constitucional da linha ascendente desses direitos, caminhando, aliás, em direção contrária, ao se dar prioridade às negociações coletivas – sem qualquer limitação – tanto na criação de direitos quanto na solução de conflitos e mais ainda autorizando, expressamente, a instituição de formas precárias de relações de trabalho, revitalizando, inclusive, a malsinada expressão “intermediação de mão-de-obra”.

Diante da ameaça, as instituições acima referidas, cuja função é assegurar a eficácia dos direitos trabalhistas, posicionaram-se contra o projeto de lei do SUT, considerando que este configura um grave atentado à classe trabalhadora.

## 8 Continuidade do projeto neoliberal e da Reforma do Judiciário

Fácil perceber, portanto, que há efetivamente um projeto de índole neoliberal em curso e, assim, nada na área das relações de trabalho ocorre por acaso ou isoladamente, e toda tomada de posição a respeito das questões trabalhistas e sobre a própria função do Poder Judiciário tem repercussão política, queira-se, ou não.

A ideia central do neoliberalismo, vale lembrar, é a derrocada plena dos direitos trabalhistas e esse processo não foi interrompido no governo do PT e só não se consumou porque a Reforma do Judiciário, que previa a extinção da Justiça do Trabalho, não se completou integralmente.

É interessante reconhecer que o projeto não caminhou mais adiante também por conta da resistência implementada no campo do Direito do Trabalho, da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, de auditores fiscais do trabalho, e de advogados trabalhistas.

Ocorre que se o governo do PT durante algum tempo ainda podia ser, de certo modo, conivente com essa resistência, após as eleições de 2014, quando se viu em grave risco de perder o poder, acabou explicitando ajustes que conspiram contra as resistências e que escancaram uma defesa dos interesses econômicos, que servem, também, para afastar a pecha de “bolivarianismo”.

Dentro desse contexto e da lógica política da autopreservação é que se devem entender as nomeações de Joaquim Levy, Nelson Barbosa e Armando Monteiro Neto, para os Ministérios da Fazenda, do Planejamento e do Desenvolvimento, respectivamente, sendo que o último, que presidiu a CNI (Confederação Nacional da Indústria) de 2002 a 2010, já disse em seu discurso inicial que “O desafio central é promover a competitividade. O que significa reduzir custos sistêmicos e elevar a produtividade. A agenda da competitividade envolve várias áreas dentro do governo e demanda intensa articulação e coordenação. É papel primordial do Ministério do Desenvolvimento realizar essa tarefa. E colocar o tema da competitividade no centro da agenda política do país.”

Destaque-se, ainda, o forte indício de que a Presidenta Dilma nomeará a Senadora Kátia Abreu, que preside a CNA (Confederação Nacional da Agricultura), como Ministra da Agricultura.

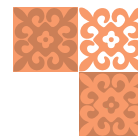
Ou seja, se a situação para a classe trabalhadora já estava difícil com o governo sendo chamado de “bolivariano”, imagine agora em que esse adjetivo retórico nem precisa mais ser utilizado.

Ocorre que a conclusão da obra neoliberal, mesmo com esse Ministério e um Congresso com configuração à direita, não se efetivará sem abalar a resistência no âmbito do Judiciário e do Direito do Trabalho e é precisamente neste sentido que se insere o foco midiático sobre o Supremo Tribunal Federal, buscando dificultar que este impeça a realização do projeto. Aliás, é coerente supor que se pretenda que o STF dê a contribuição necessária para tanto, notadamente no sentido de substituir o TST no papel de conferir uma “nova roupagem” ao Direito do Trabalho, o que é bastante favorecido pela posição constitucional das normas trabalhistas e pela instrumentalização do STF com a Súmula vinculante e com a repercussão geral dos julgamentos proferidos em RE, esta instituída pela Lei n. 11.418/06, de questionável constitucionalidade.

Lembre-se que a compreensão desse papel do Judiciário já vinha consignada, há muito, no Documento n. 319, acima citado. Como dito em tal Documento, “Os programas de reforma do judiciário devem ser implementados em fases: a seqüência das fases devem ser planejadas levando em consideração os custos e benefícios de cada uma delas. As fases iniciais, todavia, devem evitar a reforma legislativa que por sua natureza implicam altos custos, em termos de capital político. As condições legais, econômicas, sociais e políticas de cada país devem ser avaliadas em conjunto com as recomendações, bem como no momento de avaliar as prioridades à implementação. O Banco Mundial pode auxiliar neste processo financiando estudos sobre o setor judiciário, construindo, um proveitoso diálogo com os governos, ao mesmo tempo que delinea-se vias apropriadas de reformas.”

Ou seja, as retrações de direitos devem ser implementadas pelo Judiciário e como a Justiça do Trabalho de certo modo resistiu à ideia de destruição plena do Direito do Trabalho, até porque seria uma atuação autofágica, o jeito é tentar fazer com que o STF cumpra esse papel, mantendo-o sob a ameaça da pecha de “bolivarianismo” ou de “populismo judicial”.





Aliás, é dentro desse contexto de esvaziamento da influência jurídica da Justiça do Trabalho que se pode compreender o julgamento do STF, proferido, em fevereiro de 2013, nos Recursos Extraordinários 586453 e 583050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A, respectivamente, que atribuiu à Justiça Comum a competência julgar os conflitos envolvendo a complementação de aposentadoria dos ex-empregados dessas entidades, contrariando posicionamento firme do TST no sentido de declarar competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de tal questão vez que envolve garantia jurídica fixada em norma trabalhista (convenção ou acordo coletivo, ou regulamento de empresa). Essa decisão representou uma grande perda para os trabalhadores também pelo aspecto de que o processo do trabalho, como se sabe, é extremamente mais célere que o processo comum.

Importante perceber a relevância desse passo, de redução da relevância política da Justiça do Trabalho, uma vez que praticamente todas as demais fases da Reforma do Judiciário, previstas no Documento do Banco Mundial, já se concretizaram: criação do CNJ; introdução da súmula vinculante; aparelhamento do STF, por via legislativa, do Recurso Extraordinário com repercussão geral, que permite alteração de jurisprudência sem reiteração de julgados; implementação do sistema informatizado - PJe; desenvolvimento das estratégias de gestão; e difusão da prática de conciliação.

O que resulta desse quadro é uma magistratura fragilizada, impulsionada pela produtividade, que é, inclusive, avaliada segundo a lógica concorrencial. De julgadores, que exercem poder jurisdicional, qual seja, de dizer o direito, que é, na essência, construir o direito, os magistrados, para contribuírem com o problema central da morosidade, foram transformados em gestores, devendo, portanto, pensar com a mente do administrador, agir com a racionalidade econômica de índole privada e tratar os servidores como mera força de trabalho. Os servidores, então, se veem sobrecarregados com tarefas que se multiplicam no sistema informatizado, sob a pressão da concorrência e das estratégias que são utilizadas para que mais trabalho seja extraído deles dentro da mesma jornada.

Todos, juízes e servidores, se vêem diante de um sistema informatizado que permite controle total sobre a quantidade (e o conteúdo) das atividades por eles exercidas, em tempo real, fazendo com que, inclusive, hora e local não sejam obstáculos ao trabalho.

O CNJ, como órgão disciplinar, expõe todos ao cumprimento de metas, que foram estabelecidas nos padrões da racionalidade das empresas privadas, subtraindo, por consequência, o conteúdo intelectual e construtivo da atuação jurisdicional. Metas que, ademais, por si sós, constituem fator de desumanização, provocando assédios e adoecimentos, além de mecanização da atividade. Não é demais lembrar que os planos estratégicos para o Judiciário tiveram, em muitos aspectos, a contribuição intelectual de profissionais da Administração da Fundação Getúlio Vargas, que, inclusive, participaram de diversas atividades de “treinamento” (leia-se, “adestramento”) de juízes.

De fato, os juízes estão sendo incentivados a “produzir” decisões, com presteza e eficiência, respeitando a lógica de mercado, estando eles próprios inseridos nessa lógica na medida em que eventual promoção pessoal está submetida à comparação das “produções” de cada juiz. Destaque-se que na comparação da produção terão peso o desempenho (20

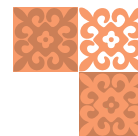
pontos), a produtividade (30 pontos) e a presteza (25 pontos), sendo que apenas periféricamente interessará o aperfeiçoamento técnico (10 pontos).

Interessante notar que embora a Resolução n. 106/10, do CNJ, que regula a promoção de juízes, diga que “Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões” (art. 10), este mesmo documento deixa claro, logo na sequência, que “A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).”

Os próprios Tribunais se veem em situação de concorrência uns com os outros e grande fator para se “conquistar” uma “premiação” são os números atingidos em termos de conciliação, advindo daí as reiteradas “semanas da conciliação”. O incentivo à conciliação, como forma de recompensar juízes e tribunais, no entanto, desvirtua tanto o instituto da conciliação quanto a própria função do Judiciário, entendida como instituição responsável pelo resgate da autoridade da ordem jurídica, o que no caso do Direito do Trabalho assume, inclusive, uma dimensão trágica se pensarmos na natureza alimentar e na condição de direito fundamental dos direitos trabalhistas, assim como na dificuldade cultural histórica que possuímos em torno do reconhecimento da relevância social e econômica desses direitos como forma de superarmos, enfim, a era escravista.

Fato concreto é que essa estrutura organizacional, idealizada no Documento n. 319 do Banco Mundial, favorece a sedimentação no âmbito do Judiciário da racionalidade econômica, que constitui um grave risco para a construção e a efetividade dos direitos trabalhistas. No contexto de um Judiciário trabalhista esfacelado, preocupado com a concorrência, sem desenvolver compreensões totalizantes que definam o seu papel institucional, abre-se a porta para que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se, ainda, da força do CNJ, da súmula vinculante e da repercussão geral, sob o argumento formal de que as normas trabalhistas encontram-se na Constituição e que sua aplicação, portanto, envolve uma questão constitucional, passe a ditar as regras trabalhistas com um viés economicista.

No contexto acima explicitado, de um projeto neoliberal que nunca deixou de contar com o apoio de importantes segmentos empresariais, mas que se viu emperrado pela atuação da Justiça do Trabalho, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista, com uma composição de Ministros que, com exceção da Ministra Rosa Weber, não tiveram como centro de suas preocupações teóricas o estudo histórico da questão trabalhista, estando, por consequência, muito mais alinhados à racionalidade liberal, com suporte na teoria pós-positivista, ainda que com o viés humanista, submete os direitos dos trabalhadores a grave risco.



## 9 Julgamento da prescrição do FGTS: a prova do risco

Se considerarmos a última decisão do STF em que se discutiu a prescrição do FGTS (ARE 709212), proferida em 13 de novembro de 2014, os trabalhadores têm mesmo muito com o que se preocupar, porque há o risco de que o STF – mesmo sem qualquer intenção deliberada de seus Ministros – possa assumir o papel de retirar direitos trabalhistas, suprimindo o embate político no processo legislativo ou mesmo a discussão em torno da necessidade de instauração de uma constituinte para tanto, já que as normas trabalhistas, como direitos fundamentais (formal e materialmente falando), estariam inseridas no contexto das cláusulas pétreas.

Ora, a questão da prescrição do FGTS era consolidada no Judiciário trabalhista e já estava, portanto, inserida, há décadas, no patrimônio jurídico da classe trabalhadora, como reconhece o próprio voto do Relator no julgamento em questão: “Inicialmente, cumpre ressaltar que o TST editou, em 1980, quando ainda vigente a Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o FGTS, o Enunciado 95, segundo o qual é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Aliás, o Relator admite também que a Súmula 362 do TST, editada em 2003, e que estabelecia que era “trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”, estava baseada em várias decisões unânimes adotadas desde 1978.

No entanto, esse patrimônio, inserido no conceito clássico de segurança jurídica, de repente, sem qualquer tipo de provocação social, passou a se tornar alvo de uma avaliação do Supremo, que entendeu, sem qualquer parâmetro, que a questão deveria ter “repercussão geral”. No julgamento do recurso, no qual o Banco do Brasil (um Banco estatal, vale reparar) questionava, talvez apenas “pro forma”, a constitucionalidade do art. 23 da Lei n. 8.036/90, que fixa uma prescrição trintenária para cobrança de recolhimentos do FGTS, o Supremo simplesmente desconsiderou a existência de um órgão especializado para julgamento de questões trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, e refez a história, daquele instante em diante, em desfavor da classe trabalhadora.

O Ministro Gilmar Mendes propôs em seu voto a alteração do entendimento jurisprudencial já consolidado, para que se passasse a considerar inconstitucional o referido dispositivo legal. Grosso modo, o fundamento para a compreensão de que o prazo prescricional passaria a ser de 05 (cinco) anos, e não mais de 30 (trinta), foi o de que o FGTS é um direito trabalhista e por isso deve-se respeitar o prazo quinquenal previsto no inciso XXIX, do art. 7º. da CF.

Os argumentos utilizados no voto e nas falas dos Ministros demonstraram que a melhor técnica jurídica, de índole trabalhista, não foi atendida. Ressalva feita à Ministra Rosa Weber, os demais Ministros assumiram claramente que a questão trabalhista não foi mesmo uma de suas preocupações teóricas principais.

A Ministra Rosa Webber explicou que a literalidade do “caput” do art. 7º, da CF não deixa dúvida de que os incisos do mesmo artigo não são taxativos, abrindo-se a possibilidade para que outros direitos, além daqueles, sejam criados pelo legislador infraconstitucional para melhorar a condição social dos trabalhadores. Esclareceu, ainda, que o princípio protetor, instituído para compensar a disparidade dos sujeitos da relação de emprego, existente em razão da desigualdade econômica, cria uma superioridade jurídica que reflete na técnica da norma mais favorável, a qual, por sua vez, inverte o princípio da hierarquia das normas, fazendo com que no vértice do ordenamento jurídico trabalhista esteja, concretamente, a norma mais favorável ao trabalhador.

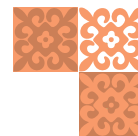
Além disso, demonstrou que o FGTS, como assente em toda doutrina trabalhista, com exceção exclusiva do único autor citado no voto do relator, tem natureza híbrida porque não está integrado apenas dos recolhimentos do empregador e se presta a diversas finalidades de ordem social, sendo, portanto, de interesse de toda a sociedade e tendo sido, por isso mesmo, angariado com um prazo prescricional maior.

A bem da verdade, discordo em parte da manifestação da Ministra Weber quando esta assume que o FGTS é uma verba acessória, pois, de fato, não o é. O FGTS é uma verba autônoma, que tem no salário apenas a sua base de cálculo, como ocorre, por exemplo, com a contribuição previdenciária. Desse modo, mesmo com o pronunciamento da prescrição do direito ao recebimento de diferenças salariais, por exemplo, não estaria prescrito o direito ao recebimento do FGTS (considerando a prescrição trintenária) que se calcula a partir do salário devido ao trabalhador. A definição do valor “devido” pode se dar mesmo com relação a parcelas prescritas, pois não há prescrição para as ações declaratórias.

De todo modo, sua manifestação foi a única que respeitou a técnica jurídica trabalhista, mas a Ministra Rosa Weber, “data venia”, foi, digamos assim, pouco combativa, por não inserir uma crítica consistente do contexto político em que aquele julgamento se inseria – e se insere –, identificando os sujeitos e os locais das falas.

O resultado foi que os demais Ministros (com a ressalva do Ministro Teori Savas-ki, mas que também pareceu não estar plenamente afeito à matéria) foram surdos à sua fala, que restou apenas como mais um entendimento dentre vários outros “entendimentos” possíveis, situando-se todos no mesmo plano. Essa situação permitiu, ademais, que a consolidação da ideia de que a adoção de um ou outro entendimento, no caso, seria meramente uma questão de escolha a partir de preferências pessoais, quando, de fato, tratava-se de assumir um posicionamento com extrema relevância nas relações de trabalho.

O Relator, analisando a posição constitucional do FGTS, chegou a dizer que com o advento da Constituição Federal restou superada a discussão a respeito da natureza jurídica do FGTS, no sentido de saber se este é salário, tributo, salário diferido ou indenização, isto porque a Constituição o definiu como um “direito dos trabalhadores”. Mas, que era um direito nunca se duvidou e o que se discutiu a respeito na doutrina trabalhista era se o FGTS teria, ou não, natureza salarial em razão das conseqüências jurídicas diversas que essa definição gera.



O Ministro Marco Aurélio admitiu expressamente que não sabia se o trabalhador dispensado por justa causa perde, ou não, o FGTS, porque, afinal, segundo confessou, está há 24 (vinte e quatro) anos afastado da Justiça do Trabalho.

O Ministro Fux, de maneira reiterada, falou que o trabalhador tem direito ao FGTS quando faz a “opção”, embora a opção tenha deixado de existir desde 1988. O próprio Ministro Marco Aurélio fez referência à opção. Aliás, os dois falaram, inicialmente, que a multa incidente sobre o FGTS, destinada ao trabalhador dispensado, é de 10%, sendo que esta é de 40%, conforme previsto no ADCT.

A desinformação sobre as questões trabalhistas ficou bastante evidenciada na fala do Ministro Fux:

O empregado é despedido e sai essa verba de 40% que eu imaginei que era 10%, mas é de 40%. Ora, Presidente, o direito vive para o homem e não o homem para o direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandado embora, levanta o fundo e vai arranjar um outro emprego. Mas suponhamos a tragédia maior e o sujeito não arranja um outro emprego. Aí sim poder-se-ia falar em vedação ao retrocesso. O sujeito foi embora, ele vai se agüentando durante 30 (trinta) anos até que no último ano desses trinta anos ele quer levantar o fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não tem mecanismo de compensação, e hoje, Sr. Presidente, tem todos os mecanismos de compensação, tem seguro-desemprego, tem bolsa família, tem Minha Casa, Minha Vida, tem tudo que uma pessoa desempregada não tem força para ter e tem. De sorte que não há retrocesso nenhum. E nós entendemos que o Fundo de Garantia a ação que o veicula é uma ação decorrente de acidente do trabalho. E o Constituinte sabia disso.

Ou seja, na sua visão, o tempo de prescrição do FGTS seria o tempo em que o trabalhador fica desempregado. Assim, não seria preciso estender muito esse tempo porque o trabalhador tem seguro-desemprego, bolsa-família e minha casa, minha vida. Na lógica de seu argumento, os benefícios assistenciais seriam o fundamento para a retirada de direitos trabalhistas, o que, no fundo, não deixa de ser, em certa medida, a política de muitos governos neoliberais. Além disso, deixou no ar uma pergunta: “Se o salário prescreve por que o FGTS seria imprescritível?” Mas a discussão, lembre-se, era para definir se a “prescrição” do FGTS deveria ser trintenária ou quinquenal.

O Ministro Marco Aurélio argumentou que como o art. 23 da Lei n. 8.036/90 se refere a “privilégio” do prazo prescricional, o texto não poderia prevalecer diante da Constituição, na medida em que “todo privilégio é odioso”. Seu argumento possibilitou a avaliação de que trabalhadores e empregadores estão em situação jurídica, social e econômica de igualdade, e por isso os direitos que se conferem aos trabalhadores não podem desigualar essa relação, sob pena de se entenderem os trabalhadores como privilegiados, como se vender força de trabalho, na qualidade de uma mercadoria como outra qualquer, pudesse chegar ao ponto de se constituir uma situação de privilégio frente aos que detêm

os meios de produção e que podem, dada essa condição, reproduzir seu capital mediante a exploração do trabalho alheio.

O Ministro Barroso até reconheceu que a Constituição permite que o legislador infraconstitucional amplie os direitos trabalhistas, incluindo a elevação do prazo prescricional, mas sua lógica, dentre todas, acabou sendo a mais deletéria para os trabalhadores. Em resumo o que o Ministro disse foi que o legislador pode legislar desde que o faça dentro dos padrões da razoabilidade, medindo-se esta a partir de sua compreensão individual. Para o Ministro o prazo de trinta anos é desarrazoado e excessivo porque compromete a segurança jurídica.

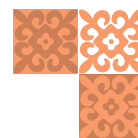
Além disso, como forma de fixar um padrão para se definir a razoabilidade no caso concreto, sustentou que o prazo de trinta anos para o FGTS seria o dobro do maior prazo de usucapião, o triplo do maior prazo prescricional no direito civil, seis vezes superior ao prazo geral do direito tributário; que excederia o prazo máximo da privação da liberdade, do direito penal, etc. Segundo disse, um prazo “tão dilatado estimula a litigiosidade”, sendo “necessária a estabilização das relações jurídicas”, decorrendo daí a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

O resultado foi que em nome de uma suposta segurança jurídica, no caso, exclusivamente para o Banco do Brasil, pois o conjunto de empregadores não estava em situação de insegurança vez que a questão já estava mais que definida na jurisprudência trabalhista, os trabalhadores foram conduzidos a uma total insegurança jurídica porque doravante, a prevalecer no mundo jurídico essa racionalidade, todos os direitos trabalhistas historicamente conquistados e legalmente instituídos poderão, por intermédio do sentimento subjetivo da “razoabilidade”, ser declarados inconstitucionais, sobretudo se forem ponderados com outros direitos, como o direito à propriedade e a livre iniciativa, no mesmo plano, sem contextualização histórica. Direitos trabalhistas que, dentro de uma alegação de crise econômica, portanto, poderão ser vistos como privilégios, desarrazoados ou excessivos, sendo que o balizamento, com fixação de outros parâmetros de aplicabilidade, extraídos arbitrariamente, por uma lógica racional liberal não revelada, ou uma visão de mundo da classe dominante, como diria Marx, não se apresentaria como uma redução de direitos, mas como a reconstrução do direito, ou, como sentenciou o Ministro Fux: “Novos tempos, novos direitos”.

## 10 O contraponto do Direito Social

O argumento do Ministro Barroso, reforçando o argumento do Ministro Marco Aurélio, acabou desprezando a tradição histórica do Direito Social, que foi exatamente a de conferir uma posição de proeminência aos direitos sociais frente aos interesses meramente econômicos, como forma, inclusive, de conferir aos trabalhadores uma razão suficiente para se integrarem à sociedade capitalista e, de forma mais ampla, para a preservação da paz mundial.

É muito importante perceber que a arbitrariedade pós-positivista, da forma como fora utilizada no julgamento em questão (havendo séria dúvida se é possível, mesmo na



lógica pós-positivista, contrapor direitos individuais à eficácia de direitos sociais), fragiliza os direitos sociais em geral, servindo para uma releitura da Constituição bastante conveniente aos interesses econômicos e às forças políticas que não veem além de um projeto de poder.

Sem uma abordagem que busque a função do direito, partindo do pressuposto do estudo crítico da sociedade capitalista, visando a construção efetiva de uma sociedade igualitária, incorre-se no defeito de considerar que as normas estão a serviço da mera “harmonização” dos embates ideológicos que politicamente se estabelecem em cada Estado antes da construção formal da Constituição, vendo-se esta, então, apenas como Carta política de superação das diferenças ideológicas, escamoteando-se, por conseguinte, o quanto os valores sociais, de limitação dos interesses econômicos, foram sucateados pela teoria ainda liberal que se produziu após a elaboração das Constituições Sociais e que conduziu os valores da ideologia socialista ao mero grau de preceito programático.

Cria-se, assim, a falsa idéia de uma harmonia, mas que, de fato, se presta a evitar a superação concreta dos valores liberais pela racionalidade do Direito Social.

A ausência de uma avaliação crítica do papel da Constituição em um Estado Social é bastante grave pelo efeito que a Constituição transborda para os demais ramos do direito.

A natureza programática dos direitos sociais em um contexto de Direito Social é, por si, uma contradição metodológica, que faz da Constituição não um instrumento de garantia da ordem normativa, mas a sua própria negação, ainda mais se considerado o conceito que se atribui a tais tipos de normas, segundo a doutrina de Jorge Miranda que fora acolhida, sem qualquer resistência, por boa parte da doutrina constitucionalista.

O estudo do Direito do Trabalho tem por base estrutural o Direito Constitucional, como adverte Marcus Orione Gonçalves Correia, e ao mesmo tempo, como tem proposto Gustavo Tepedino, serve para concretizar os ideais da Constituição, sobretudo por incidir nas relações diretas entre o capital e o trabalho, que envolvem as correlações de forças entre as classes de maior evidência na sociedade capitalista. No Direito do Trabalho, as preocupações com os valores sociais ganham aplicabilidade concreta.

A teorização, visando à correção efetiva da realidade, limitando os interesses econômicos em favor da proteção do ser humano, que se efetiva no Direito do Trabalho, serve para reforçar a própria lógica da Constituição Social e, por óbvio, para reforçar a racionalidade do Direito Social.

Esse Direito, aliás, é o instrumento que fornece a possibilidade concreta da existência do capitalismo enquanto modelo de sociedade. Organizando o capitalismo, o Direito Social, por evidente, preserva interesses econômicos. Mas, ao fixar a prevalência da solução dos problemas postos pela questão social, que é abertamente reconhecida como tal, o postulado da justiça social aparece como condição de sustentabilidade do sistema. São, portanto, sustentáculos do direito, no século XX, a construção da justiça social, a efetivação da democracia e a consagração da paz mundial.

Para atingir esses propósitos, parte-se do exame histórico, que é essencial ao direito, e busca-se não eliminar, por certo, os valores incorporados à consciência humana por toda obra humanista, científica e iluminista dos séculos XV a XVIII, mas inseri-la em outro contexto, o contexto das razões do Direito Social.

Desse modo, a liberdade e a igualdade são compreendidas no contexto de um projeto coletivo, social, que não desprezando o modelo capitalista de produção, que se mantém, faz com que o individualismo e o empreendedorismo, que são decorrências daqueles valores na acepção capitalista, não se prestem, unicamente, a um sentimento egoísta e sim à construção de uma vida melhor para todos. Não se podendo mais acreditar na idéia liberal de que a soma das vontades egoístas, livremente expressadas, possam conduzir a este resultado, entende-se necessário fixar parâmetros, no sentido de limites, para o exercício real desses preceitos, até porque no livre jogo do mercado há a formação de grandes conglomerados econômicos que engolem não apenas os trabalhadores, mas todos os demais cidadãos, além do meio ambiente, como mais presentemente se passou a compreender.

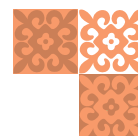
A figura típica do Direito Liberal, o contrato, perde sentido enquanto instrumento de preservação do interesse do mais forte frente ao mais fraco e de legitimador da aquisição de propriedades. A propriedade, por sua vez, deixa de ser, por óbvio, um direito sagrado, até porque não há nada mais irracional do que em nome da razão buscar um fundamento sacro para justificar a propriedade. A propriedade, assim, deixa de ser vista como uma condição inata do ser, até porque a realidade do período de formação do capitalismo, desde o século XV, demonstrou que poucos eram os homens que detinham algum tipo de propriedade do ponto de vista dos considerados bens imóveis (terras, casas e indústrias) e mesmo assim não deixavam de existir, embora muitos, como visto, tenham sobrevivido em condições subumanas. O desejo de adquirir uma propriedade e de preservá-la para si foi uma das grandes causas dos desajustes sociais, já destacada mesmo na obra de Locke, um dos principais teóricos do modelo liberal.

A propriedade, portanto, no contexto do Direito Social é extraída de sua acepção liberal e seu valor é condicionado à sua função social, isto é, ao efeito concreto que possa gerar em favor de toda a sociedade e não apenas para o seu proprietário, sobretudo, quando sua quantidade for além do que se entenda o necessário para a sobrevivência.

A função do Direito Social é distribuir a riqueza, para fins não apenas de eliminar, por benevolência, a pobreza, mas integrar todos ao projeto de uma sociedade na qual todos possam, efetivamente, adquirir em sua acepção máxima o sentido da cidadania, experimentando a beleza da condição humana, sendo certo que um dos maiores sentimentos que agridem o ser é a injustiça.

O intérprete e aplicador das normas é o responsável pela construção do direito, buscando, necessariamente, sua integração com a realidade, sendo que em tal processo o intérprete sempre carrega consigo as suas impressões pessoais. Pois bem, na lógica do Direito Social há um pressuposto teórico do qual o intérprete não pode fugir, a solidariedade. Isto representa dizer que deve examinar a realidade com os olhos daquele a quem se destina o Direito Social, qual seja, o que, historicamente, fora desprezado pela ordem do Direito Social, o pobre. Precisamente, há de se verificar a realidade sob a perspectiva





daquele que nas relações sociais necessitar de uma proteção jurídica ou de uma atitude promocional de natureza institucional. Esse, ademais, é o verdadeiro sentido da solidariedade, que não pode ser confundida com benevolência.

## 11 A ameaça do pós-positivismo

O julgamento supra é o exemplo concreto de que a teoria “pós-positivista”, embora se enuncie como técnica de efetividade dos direitos fundamentais, acaba servindo como obstáculo à eficácia da proteção aos trabalhadores, isto porque legitima a extração da Constituição de princípios de natureza liberal, sendo que a força normativa conferida a tais princípios permite que se interpretem as demais regras à luz de tais valores ou mesmo que se anule a proteção jurídica dos trabalhadores pelo argumento típico pós-positivista da ponderação.

Não é possível, sob o pretexto de se estar efetivando um critério jurídico (ponderação, razoabilidade ou proporcionalidade), estabelecer um contraste entre os valores que preservam os interesses dos trabalhadores na sociedade capitalista e os valores liberais clássicos (visualizados na perspectiva restrita dos interesses meramente econômicos), vez que a superação destes, que deu ensejo à formação do Direito Social, ocorreu em face da emergência de se conferir eficácia à nova racionalidade jurídica limitadora dos interesses do capital. Neste sentido, a prática de evitar, em concreto, a eficácia dos preceitos jurídicos sociais, mediante a reinserção de valores liberais por intermédio do argumento da ponderação, representa a negação do Direito enquanto experiência histórica, recusando a luta de classes, que não se elimina com a construção da norma.

Sem esta compreensão, a “moderna” teoria positivista, que estabelece o argumento da ponderação para aplicação do direito quando se verificar uma colisão de princípios, não criando qualquer critério de axiológico de natureza metodológica para essa ponderação, deixando, pois ao alvedrio do intérprete a avaliação das circunstâncias que exigem, no caso, a aplicação deste ou daquele princípio, pode gerar graves problemas não apenas para a efetivação dos “direitos sociais”, como estritamente reconhecidos, mas também de compreensão da própria estrutura do direito como um todo.

Sem uma proposição valorativa no sentido crítico do direito no capitalismo e sem uma investigação histórica que conduza à constatação da atual função do direito neste modelo de sociedade, a teoria da ponderação derrama sobre o direito um jogo de palavras que serve à atração dos valores liberais, numa perspectiva exclusiva do individualismo, mascarados em direitos fundamentais, posicionando-os no mesmo plano dos direitos sociais e talvez por isso mesmo é que essa teoria teve tanta propaganda na era neoliberal.

Veja, por exemplo, o que se concretizou em outro julgamento recente do STF, de 27 de novembro de 2014, que, aparentemente, foi favorável aos trabalhadores e, mais especificamente, às trabalhadoras (RE 658.312).

No julgamento, a maioria dos Ministros, salvo os Ministros Fux e Marco Aurélio, seguiu o voto do relator, Dias Tofoli, que declarou o art. 384, da CLT, que prevê um in-

tervalo de 15 minutos para as empregadas antes de iniciado o trabalho em horas extras, recepcionado pela Constituição.

Foi dito no voto que “o trabalho contínuo impõe à mulher o necessário período de descanso, a fim de que ela possa se recuperar e se manter apta a prosseguir com suas atividades laborais em regulares condições de segurança, ficando protegida, inclusive, contra eventuais riscos de acidentes e de doenças profissionais.” Ora, o que se valorou não foi a mulher cidadã, mas a mulher enquanto força de trabalho, visualizando-se o intervalo apenas como forma de assegurar a continuidade da produção.

Disse, ainda, que “o período de descanso contribui para a melhoria do meio ambiente de trabalho, conforme exigências dos arts. 7º, inciso XXII, e 200, incisos II e VIII, da Constituição Federal”, deixando subentendido o quanto um acidente do trabalho pode ser constrangedor ao processo produtivo, desestimulando os demais trabalhadores.

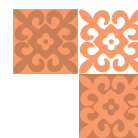
Ou seja, por não realizar qualquer consideração a partir da racionalidade do Direito Social chegou-se a uma naturalização das horas extras, sendo que estas, na essência, constituem uma aberração jurídica, sobretudo quando prestadas de forma ordinária, como se diz. As horas extras representam a fórmula básica para aumentar a extração de mais valor, ao mesmo tempo em que contribuem para destruir a promessa constitucional do pleno emprego, promovendo, ainda, a degradação de valores humanos que necessariamente se desenvolvem fora do ambiente do trabalho hierarquizado, ainda mais se considerarmos o tempo que a classe trabalhadora em geral precisa despende, em transportes públicos descuidados, para chegar ao local de trabalho, até por conta da política urbana especulativa que conduziu os trabalhadores a periferias cada vez mais longínquas e degradadas.

Além disso, o Ministro Tofoli se negou a definir a forma como se dará o cumprimento da norma, “qual será o termo inicial da contagem, se haverá ou não o dever de se indenizar o período de descanso e quais serão os eventuais requisitos para o cálculo do montante”, deixando, pois, as trabalhadoras, ainda, em ambiente de total insegurança jurídica.

Mas foi além e fechou com uma dica quanto ao que se pode fazer para extirpar esse direito do patrimônio jurídico das trabalhadoras:

Antecipo que não considero que essa norma constitua um núcleo irreversível do direito fundamental, ou que implique o mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher. Nesse sentido, não há que se olvidar que, em sua redação primitiva, *verbi gratia*, os arts. 379 e 380 da CLT proibiam o trabalho noturno para as mulheres. Após a avaliação pelo constituinte e pelo legislador, esses dispositivos acabaram sendo revogados pela Lei nº 7.855, de 24/10/89, remanescendo em vigor hoje, por outro lado, o art. 381 da CLT, o qual estabelece que o trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno, fixa um percentual adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo (§ 1º) e estipula que “cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos” (§ 2º).

No futuro, havendo efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação



da norma, ou mesmo para a ampliação do direito a todos os trabalhadores, o espaço para esses debates há de ser respeitado, que é o Congresso Nacional.

Na divergência aberta pelos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, o quadro não foi melhor para a classe trabalhadora, pois partiram da lógica meramente formal da igualdade para dizerem, na essência, que se homens e mulheres são iguais perante a lei, seria “uma violação da isonomia consagrar uma regra que dá tratamento diferenciado a homens e mulheres”, provocando, ainda, segundo o Ministro Marco Aurélio uma “discriminação no mercado de trabalho”. Assim, optaram pela solução da retirada desse direito das trabalhadoras, quando pela própria lógica argumentativa, poderiam considerar que a norma deveria, então, ser aplicada às trabalhadoras e aos trabalhadores, sem distinção de gênero.

O que se percebe, portanto, é que o STF, nesses julgamentos envolvendo matérias trabalhistas, se afastou dos argumentos teóricos do Direito Social, que são os que embasam o Direito do Trabalho, negando a incidência de princípios jurídicos trabalhistas como os da proteção, da melhoria da condição social, da condição mais benéfica e da norma mais favorável, posicionando-se apenas a partir de uma lógica argumentativa liberal, de modo, inclusive, a negar aos direitos trabalhistas, neste plano, a posição de direitos fundamentais.

O casuísmo favorecido pelo “pós-positivismo”, permitindo valorações de direitos sociais a partir de postulados liberais, obsta a racionalidade do Direito Social. O Direito Social – e esta é a fase atual do direito, tomada como pressuposto de análise –, afastando qualquer abstração, pressupõe, concretamente, a análise valorativa dos problemas identificados na sociedade capitalista a partir do postulado da necessidade de preservação e elevação da condição humana, tendo como método o olhar das pessoas que se encontram em posição economicamente débil no seio da sociedade, ou de alguma forma fragilizadas, em razão das limitações culturais que se produzem socialmente, embora, quanto aos efeitos, não se limite, exclusivamente, a tais pessoas, visto que a racionalidade provocada se irradia ao direito como um todo, já que o capitalismo é, em última análise, um modelo de sociedade que acaba se introduzindo no próprio inconsciente das pessoas, as quais, desse modo, tendem a reproduzir sua lógica. O Direito Social, a partir desse olhar, objetiva a formulação das coerções eficientes para impor limites necessários às relações capitalistas, visualizando a superação das injustiças sociais geradas.

## **12 Conclusão: o futuro em disputa**

Para negar a pecha de “bolivarianismo” ou de “populismo judicial”, a atuação “ponderada” e “razoável” do STF, envolta em artificialismos jurídicos sem explicitação do contexto histórico e político em que as questões trabalhistas se inserem e, sobretudo, sem respeitar as bases constitucionais do Direito Social, pode se voltar contra os direitos sociais e, em especial, contra os direitos trabalhistas e previdenciários.

Sem a formulação de uma compreensão do contexto histórico da realidade da classe trabalhadora no Brasil, o risco do advento de vários retrocessos sociais é bastante grande, ainda mais se lembrarmos que, com todo este cenário construído ao longo das últimas

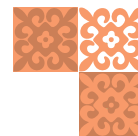
duas décadas, o Supremo está prestes a julgar questões de alta relevância para a classe trabalhadora, como o alcance da terceirização (ARE 713211), valendo lembrar que o julgamento em torno da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158, da OIT, ainda não foi concluído (ADI 1625) e até mesmo importantes conquistas recentes da classe trabalhadora, instituídas no TST e no próprio Supremo, no que se referem às dispensas coletivas e ao direito de greve, também estão submetidas a recursos com repercussão geral (ARE 647561 e AI 853275/RJ, respectivamente) ou a decisão final em Ação Direita de Inconstitucionalidade, como no caso das comissões de conciliação prévia, com relação às quais uma suposta submissão obrigatória foi afastada pelo Supremo por decisões cautelares, em maio de 2009 (ADI 2139 e ADI 2160).

Esse cenário, ademais, está integrado por um Executivo que já fez suas opções econômicas recessivas e que, dada a natureza de sua base política, tente a arrastar consigo parte relevante da representação da classe trabalhadora. Lembre-se que recentemente CUT, Força Sindical, UGT, CTB e Nova Central, antes mesmo de qualquer reivindicação do setor econômico e em vez de se prepararem para resistir, elaborando uma compreensão crítica de um modelo de sociedade que impõe, historicamente, perdas e sacrifícios à classe trabalhadora e que favorece, cada vez mais, à concentração da renda nas mãos de muito poucos, adiantaram-se e levaram proposta de atuação estatal que permita legitimar a redução salarial dos trabalhadores em até 30%, com redução proporcional da jornada de trabalho, visando a preservação dos empregos no caso de crise econômica estrutural, que vier a ser atestada pelo Ministério do Trabalho.

De todo modo, não é um cenário desolador, pois mesmo que se pretendam reforçar as fantasias de que a norma jurídica representa um ajuste que supera as contradições de classe e de que todas as normas se apresentam no tal “ordenamento” jurídico de forma harmônica ou mesmo sistêmica, o fato concreto é que as tensões sociais não se eliminam com a criação da norma e tendem a se expressar diante da percepção das injustiças, que se revelam também quando uma conquista histórica da classe trabalhadora, inscrita em regra jurídica, é conduzida à ineficácia por meio de uma interpretação restritiva.

A percepção da injustiça se dá, também, quando se depara com uma reivindicação pública pela retração de direitos e é por isso que esta iniciativa sempre se faz acompanhar das retóricas da excepcionalidade e da crise econômica. No caso da reivindicação por mais terceirização, no entanto, nenhuma retórica é capaz de camuflar uma realidade conhecida há décadas de que a terceirização serviu para pulverizar a classe trabalhadora, gerando segregação e sofrimento, promovendo um rebaixamento dos direitos trabalhistas e a precarização das condições de trabalho até o nível de condições análogas à da escravidão.

Além disso, no campo restrito da interpretação do direito as contradições normativas permitem uma mobilização renovada e constante. Assim, mesmo de uma perda podem-se extrair conquistas, o que se deu no próprio julgamento da prescrição do FGTS, como também já se verificou na ADC 16 e na ADI 3934-2, e como há de ocorrer, certamente, nos julgados sobre a terceirização, a dispensa coletiva, o direito de greve e a Convenção 158 da OIT, acima citados, qualquer que seja o resultado, deixando-se claro que não é indiferente o posicionamento do Supremo, vez que pode tornar a tarefa da construção de uma sociedade justa e igualitária mais simples ou mais complexa.



As contradições do Direito podem ser identificadas, ademais, no próprio percurso histórico recente das decisões do Supremo na questão trabalhista, cumprindo lembrar, neste sentido, da decisão proferida, em março de 2013, na RE 589998/PI, Relator Min. Lewandowski, que embora tenha negado o direito à estabilidade, prevista no art. 41 da CF, aos empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, ampliou a garantia jurídica desses trabalhadores, se comparada com a posição anteriormente assumida pelo TST (Súmula 390, II), para o fim de ao menos exigir a motivação para a cessação do vínculo desses empregados. Essa contradição se revelou de modo ainda mais nítido no recente julgamento, proferido em 4 de dezembro, no RE AI 664.335, Rel. Min. Luiz Fux, a respeito da aposentadoria especial, pois ao mesmo tempo em que se definiu que o segurado não tem direito à aposentadoria especial, por atividade insalubre em razão de ruído, caso lhe seja fornecido EPI, decidiu-se que o segurado não perde o direito à aposentadoria se o EPI não for eficiente para eliminar o dano à saúde, estabelecendo-se o pressuposto de que nenhum EPI é totalmente eficaz para tanto.

Essas decisões demonstram que apesar do cenário aparentemente desfavorável o futuro do Direito do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho está em disputa, sendo interessante neste aspecto verificar o que se passou com a questão pertinente à responsabilidade subsidiária dos entes públicos na terceirização, pois o STF na ADC 16, acima referida, declarou, em novembro de 2010, a constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93, que nega essa responsabilidade, mas o TST, adaptando seu posicionamento à decisão do Supremo, passou a entender, a partir de maio de 2011, que o ente público continuaria sendo responsável subsidiário pelos créditos trabalhistas inadimplidos dos terceirizados “caso evidenciada” a sua conduta culposa (inciso IV, da Súmula 331), e essa preocupação protetiva acabou sendo acolhida pelo próprio Supremo no julgamento de Reclamações que lhe foram direcionadas por alguns entes públicos condenados na Justiça do Trabalho (vide, p.ex., a Reclamação n. 13.760, publicada no DJE do dia 1º./10/13, Rel. Min. Luiz Fux). Aliás, o STF foi além ao estipular que a culpa pode ter natureza “in eligendo”, ou seja, ser identificada a partir da eleição de uma empresa prestadora de serviços sem a idoneidade financeira necessária para garantir a eficácia dos direitos trabalhistas.

Fato é que se a definição dada pelo Supremo a uma questão jurídica, examinada por determinado ângulo, representa a “última palavra” a respeito, a decisão não tem a força de se constituir o “fim da história”.

São Paulo, 13 de dezembro de 2014.