

A FÚRIA.

“...até bem pouco tempo atrás poderíamos mudar o mundo, quem roubou nossa coragem?” (Renato Russo)

Jorge Luiz Souto Maior¹

1. Introdução; **2.** As consciências social e econômica no direito do trabalho; **2.1** O advento das idéias de flexibilização e desregulamentação; **2.2** A origem da consciência social do direito do trabalho; **2.3** A formação da consciência atual (econômica) do direito do trabalho; **2.4** O direito do trabalho construído com base na consciência econômica; **2.5** Reconstruindo a consciência social do direito do trabalho; **2.6** Reconstruindo o direito do trabalho com base na consciência social: a) conceito; b) princípios; c) controle de constitucionalidade das leis; d) declarações de direitos do homem; e) natureza jurídica; **3.** Os atores do novo direito do trabalho; **4.** Fazendo atuar o direito social do trabalho; **5.** Conclusão

1. Introdução.

A convite de amigos, tenho comparecido a alguns seminários que tratam do futuro do direito do trabalho no Brasil e nestas ocasiões tenho conclamado os ouvintes a integrarem um grupo informal que denomino, “A Fúria”, inspirado na seguinte passagem de Hannah Arendt:

“A fúria não é de modo nenhum uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos; ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que pareçam impossíveis de modificar. A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos vítimas da injustiça, como prova toda

¹. Juiz do Trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí. Livre-docente em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista da Capes. Membro da Associação dos Juizes para a Democracia.

a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo à revolta dos oprimidos e miseráveis.”

A Fúria, que é, em verdade, um modo abstrato de unir, no âmbito transcendental (aproveitando a onda da novidade introduzida no recurso de revista, art. 896-A, da CLT), pessoas, ligadas ao direito do trabalho, que se enfurecem com a injustiça produzida cotidianamente pelo direito do trabalho, ou melhor, pela forma como este direito vem sendo construído, interpretado e aplicado nos dias presentes; que acreditam que é possível mudar esse modo de atuar o direito do trabalho; que vêem no direito do trabalho um instrumento de construção da justiça social; e que assumem a responsabilidade de lutar para que esta realidade se faça.

Neste ensaio, pretendo esclarecer como encampar, concretamente, esta luta, ou melhor, como utilizar o direito do trabalho com este propósito.

2. As consciências social e econômica no direito do trabalho.

2.1 O advento das idéias de flexibilização e desregulamentação.

O direito do trabalho atual passa por intensa turbulência, marcada pelo aparecimento das idéias de flexibilização e desregulamentação. O que significam essas idéias?

Sob um ponto de vista estritamente conceitual, flexibilização representa a adaptação das regras jurídicas a uma nova realidade, gerando um novo tipo de regulamentação. Por desregulamentação identifica-se a idéia de eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal que não mais se justificariam no contexto social, incentivando-se a auto-regulação pelos particulares.

Ambas, no entanto, quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alterar as relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico, acabam se constituindo em meros instrumentos de redução dos custos do trabalho, mascarando-se tal intenção.

É interessante verificar que essa idéia de redução dos custos do trabalho, para atender à demanda produtiva, não é nova nas relações de trabalho até porque

está na própria base de discussão da origem do direito do trabalho, representando, por isto, nada mais, nada menos, que o eterno conflito econômico x social.

A título de exemplo, veja-se artigo publicado na Revista LTr, edição n. 237, de maio de 1957, de Hélio de Miranda Guimarães, com o título "**Morre o Direito do Trabalho?**", no qual o autor põe em discussão a idéia defendida por Pinto Antunes, em aula inaugural dos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da USP, publicada no Jornal O Estado de São Paulo, na edição de abril de 1957, no sentido de que o direito do Trabalho estaria fadado a desaparecer, em razão do movimento chamado de Segunda Grande Revolução Industrial e isto porque o capital teria se cansado de ser pressionado pelo inchaço da legislação trabalhista, que passou a consumir grande parte de seu lucro, tendo provocado uma reação dos empresários em direção da substituição da mão-de-obra pelo "robot".

O que chama a atenção do cientista do direito, portanto, não é a pretensa novidade que estas idéias traduzem, mas o fato de terem elas adquirido, de uma hora para outra, uma força dominante, significando, em abstrato, a supremacia da consciência econômica do direito do trabalho sobre a consciência social que se tinha sobre este mesmo direito.

Como essas idéias, que durante muito tempo foram abafadas pela consciência social, passaram a dominar o cenário da construção da ordem jurídica trabalhista? Eis a importante investigação a ser trilhada nos itens seguintes.

2.2 A origem da consciência social do direito do trabalho.

A situação fática existente no período inicial da chamada Revolução Industrial provocou um acirramento da "luta de classes", que comumente é indicada como a **fonte material** do direito do trabalho, provocando as primeiras revoltas dos trabalhadores para busca de melhores condições de trabalho. Essas revoltas, no entanto, não significaram, inicialmente, qualquer conquista dos trabalhadores, visto que a força dominante repressiva se encontrava, obviamente, do lado dos interesses dos industriais. As primeiras revoltas, como relatado na célebre obra de Émile Zola, *Germinal*, acabaram com os trabalhadores retornando aos locais de trabalho em condições ainda piores que as anteriores.

Esta realidade somente começa a se alterar no momento em que os trabalhadores passam a adquirir uma consciência de classe, o que teria sido possível quando uma elevada produção intelectual, de cunho humanitário, conclama os trabalhadores a se unirem e a lutar contra o próprio sistema político. Em outras palavras, as mudanças no

mundo do trabalho começam a acontecer, de forma mais relevante, apenas quando as revoltas dos trabalhadores adquirem uma feição revolucionária.

As obras dos socialistas “utópicos” (Sismondi, Fourier e Saint-Simon), dos socialistas “científicos” (o manifesto comunista de Marx, em 1848, por exemplo), as internacionais socialistas que resultaram dessas idéias, e mesmo a encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), são os fundamentos para a construção dessa consciência.

As primeiras leis de proteção do trabalho começam a surgir, no entanto, dentro de um contexto paradoxal. Em certa medida, elas representaram uma conquista dos trabalhadores, mas, por outro lado, elas significaram o resultado de uma reação natural da classe dominante como tática de sobrevivência para o modelo capitalista de produção, em virtude do risco da tomada do poder que as revoltas dos trabalhadores passam a representar, ainda mais diante do sucesso da revolução proletária na Rússia, em 1917. Como esclarece Rodrigo Garcia Schwarz, “o Direito do Trabalho apresenta-se, assim, desde a sua gênese, útil ao capitalismo, conquanto interesse também aos trabalhadores, por razões opostas: por um lado, o capital faz pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, o trabalhador consegue limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida”²

Surgem, dentro desse contexto, as primeiras leis de cunho social, iniciando com o seguro social, na Alemanha (1883, lei de Bismark), e prosseguindo com regras de natureza trabalhista, especialmente quanto ao trabalho das crianças e das mulheres e, em seguida, tratando do limite da jornada de trabalho, que teria chegado a 16 horas.

O mero advento de leis voltadas para regular as relações de trabalho não implica, todavia, o surgimento de um ramo do direito destacado dos demais. O relato histórico feito até aqui diz respeito, mais diretamente, à criação de leis direcionadas às relações de trabalho.

A construção de um direito do trabalho, destacado do direito civil tem uma outra origem. O direito é um conjunto de normas e princípios voltado à regulação da vida social. Para falar de um direito autônomo, um ramo do direito distinto do direito comum, é preciso que se tenha um razoável número de normas voltadas para um fato social

². “A falácia da flexibilização do direito do trabalho”, Revista do Direito Trabalhista, 31 de dezembro de 2001, p. 9.

específico e que se identifiquem nestas leis princípios próprios que lhes dêem uma noção de conjunto, fornecendo-lhe uma lógica particular e uma finalidade distinta.

A proliferação das normas trabalhistas, no cenário internacional, é marcada pelo advento de alguns instrumentos jurídicos dos mais importantes da história da sociedade moderna.

Em 1917, a Constituição do México, em seu famoso art. 123, contemplou vários direitos aos trabalhadores: limitação da jornada de trabalho; salário mínimo; proteção ao salário; participação nos lucros; garantia no emprego; proteção especial para mulheres e crianças; isonomia salarial...

Ao final da 1ª. Guerra, no tratado de Versalhes (28 de junho de 1919), foi criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), « com a função precípua de estudar e promover a melhoria da condição dos trabalhadores no mundo »³. Neste mesmo instrumento dedicou-se uma parte especialmente ao trabalho, fixando-se o princípio de que o « trabalho não é mercadoria » e estabelecendo-se a importância de se garantir alguns direitos aos trabalhadores, tais como : jornada de oito horas ; igualdade de salário ; repouso semanal ; inspeção do trabalho ; proteção ao trabalho das mulheres e das crianças ; salário mínimo e direito de sindicalização.

Em 1919 (11 de agosto), surge a Constituição de Weimar, na Alemanha, de inspiração socialista, criando os conselhos de trabalhadores nas empresas, proclamando a liberdade sindical e declarando que « a propriedade gera obrigações ».

Nova crise social, no entanto, abala a ordem mundial, tendo início com a quebra da Bolsa nos Estados Unidos, em 1929. Para minimizar os efeitos da crise, em 1935, Roosevelt implementa medidas de bem-estar social em um plano conhecido como « New Deal ». Idéia esta que fora seguida em diversos países, como na Inglaterra, em 1942, com a implementação do Plano Beveridge.

Mas, a paz mundial não resiste muito tempo e em 1939 tem início a 2ª. Guerra mundial.

Em 30 de maio, de 1946, após a 2ª. Guerra, a OIT é elevada a órgão permanente da ONU, reforçando a preocupação com a distribuição de renda e com a fixação de condições dignas e igualitárias de trabalho por todo o mundo.

³. Evaristo de Moraes Filho, Introdução ao direito do trabalho, 2ª. edição, São Paulo, LTr, p. 51.

Como reflexo dessa preocupação, vários outros países integraram, ao seu ordenamento jurídico, regras voltadas às relações de trabalho, inclusive no corpo da Constituição.

A inserção de tais normas na Constituição (movimento conhecido como “constitucionalismo social”, que não deixou de ser também, inicialmente, uma forma de manter o modelo político) acabou se justificando porque a concretização dos preceitos de natureza social não depende meramente do cumprimento de obrigações na esfera individual, mas da conjugação de diversos fatores sócio-econômicos de todo um corpo social e, em especial, da atuação do próprio Estado, que neste contexto não mais aparece como mero ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los. Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado social.

A própria Constituição norte-americana, que muitos dizem ser avessa aos direitos sociais, consagrou, em 1946, os princípios enumerados na Constituição da Filadélfia, de 1787, no que se refere a: dignidade do ser humano; liberdade de associação; busca de pleno emprego; adequadas condições de trabalho e de remuneração; seguridade social...

A integração de normas trabalhistas às Constituições, a criação de um órgão internacional voltado às relações de trabalho (a OIT) e o reconhecimento mundial da importância de se minimizarem os efeitos perversos da exploração do capital sobre o trabalho humano, com propósitos também de evitar a proliferação da miséria, a instabilidade social e a ameaça à paz mundial fornecem o vasto **campo para o desenvolvimento de uma teorização acerca da criação de um novo direito, um direito que teria como função tornar a preocupação com a justiça social mais que um compromisso moral, mas uma obrigação de particulares, com limitação dos interesses econômicos, e um dever do Estado.** Esta lógica diversa daquela que norteava o direito civil, justifica, então, a organização teórica de um novo direito, o direito do trabalho. Um direito promotor da justiça social, sendo que esta, a justiça social, tanto pode ser vista do ponto de vista ético (ou filosófico), que reflete a preocupação de preservar a integridade física e moral do trabalhador; quanto do ponto de vista econômico, que se traduz como a busca de uma necessária distribuição equitativa da riqueza produzida no modelo capitalista.

Na teorização desse novo direito, consagra-se, por isto, a noção de valorização do trabalho humano a partir de postulados não meramente sociológicos mas também jurídicos, isto é, dotados de força coercitiva no seio social.

A ambígua origem das primeiras leis trabalhistas, portanto, não impede que se reconheça no direito do trabalho um instrumento decisivo e indispensável para a construção da justiça social dentro do próprio contexto do modelo político de natureza capitalista.

A predominância da consciência social, de caráter humanista, como se vê, foi o que permitiu o surgimento do direito do trabalho, como ramo específico do conhecimento jurídico.

Neste momento de formação do direito do trabalho e até bem pouco tempo atrás, os argumentos sociais transplantam os argumentos econômicos (que nunca deixaram de existir – vale lembrar). Mas, como dito acima, na situação atual, assiste-se a prevalência do econômico sobre o social. O que teria mudado?

2.3 A formação da consciência atual (econômica) do direito do trabalho.

Dizem que a flexibilização e a desregulamentação (produtos da consciência econômica do direito do trabalho) são efeitos da globalização e da informática⁴, buscando, com isto, justificar a dominação dessas idéias a partir dos postulados da “modernidade” e do “fatalismo”. Entretanto, estes fenômenos, ainda que com feições um pouco diferentes já ocorreram na história da humanidade com outros nomes: robótica e imperialismo. Não são, portanto, fenômenos, nem modernos, nem fatais.

O fato é que a origem das primeiras leis trabalhistas (sem o que não se poderia sequer pensar na construção do direito social do trabalho) teve ligação direta com o embate ideológico (formado na Europa no início do século XIX) entre o capitalismo e o socialismo. A ameaça do socialismo representou o motivo da criação de leis de natureza social, mas isto não se apresentou como tal e ao mesmo tempo nunca deixou de ser visto como uma espécie de derrota do econômico para o social.

⁴. "Para os economistas, a tecnologia é o resíduo que explica tudo o que suas teorias não conseguem explicar." (Ethan B. Kapstein, "Os trabalhadores e a economia mundial", *Foreign Affairs*, edição brasileira, publicação da Gazeta Mercantil, edição de 11.10.96, p. 6)

Com a derrocada do ideal socialista, representado pela queda do muro de Berlim, a ameaça socialista deixa de existir e o sistema capitalista passa a poder se apresentar sem as máscaras do “welfare State”, que, inclusive, passa a ser apresentado como um desvio indevido do curso natural da história (obscurecendo-se o fato de que o Estado Social foi uma criação do capitalismo como tática política de sobrevivência diante dos avanços dos ideários socialistas). Com isto, a posição dos empresários, tradicionalmente, uma posição de defesa em face dos avanços de garantias aos trabalhadores, muda de perspectiva e começa a adquirir uma feição de ataque direto às conquistas trabalhistas. Como explica Barbagelata, "é fácil atualmente constatar que os empresários e suas organizações já não se limitam a regatear e a tratar de minimizar o alcance dos dispositivos favoráveis aos trabalhadores, mas eles próprios agitam plataformas de reivindicações onde não se trata simplesmente de pôr freio às reformas, mas o que se postula é voltar atrás, flexibilizando ou mesmo suprimindo as garantias contidas na legislação trabalhista"⁵.

Esse modo de equacionar os problemas do mundo se apresenta, no entanto, sem qualquer objeção ideológica.

Assim, se explica e se entende porque a teoria da flexibilização (que reflete a mera intenção de reduzir os custos do trabalho) se impõe, apresentando-se como “moderna”, embora tenha estado na própria origem paradoxal das primeiras leis trabalhistas. Lembre-se que o conflito trabalhista foi identificado, desde os seus primórdios, como o choque de interesses distintos de empregados e empregadores: os primeiros querendo trabalhar menos e ganhar mais; os últimos, querendo que os trabalhadores trabalhem mais por menores salários.

Esta prevalência da consciência econômica sobre a social, entretanto, reforça e consagra injustiças nas relações sociais e para que esta situação não faça ressurgir a base material das revoltas populares, as injustiças são desqualificadas sob a ótica do fatalismo. Assim, a sociedade moderna é apresentada e assumida como a sociedade do um quinto: um quinto de pessoas que se inserem no contexto social e que não tem como se preocupar com os 4/5 restantes, pois não há o que se possa fazer para reintegrá-los à sociedade. Vide a este respeito impressionante relato de Hans-Peter Martin e Haral Schumann⁶, a respeito de uma reunião, realizada no Hotel Fairmont, em 1995, na cidade de

⁵. Héctor-Hugo Barbagelata. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão técnica de Irazy Ferrari. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo, LTr, 1996, p. 140.

⁶. *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo, Ed. Globo, 1997.

San Francisco, entre chefes de Estado, economistas e empresários, na qual se assumiu a postura de que a sociedade do futuro seria a sociedade do 1/5, não havendo perspectivas de integração para os 4/5 excluídos.

E vale reparar que a sociedade do 1/5 não é mais a sociedade do futuro (como se considerava há cinco anos atrás), mas a sociedade do presente. A Revista Capital, edição de 03 de abril de 2002, pág. 28, veicula pesquisa da Associação Nacional de Empresas de Pesquisa (ANEP) e da Associação Brasileira dos Institutos de Pesquisas de Mercado (ABIPEME), com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no sentido de que 81% da população brasileira vive à berlinda do que se produz e se consome no país.

Essa injustiça, no entanto, como dito, é desqualificada (exatamente para que um estado de fúria não se desenvolva). Fala-se, então, que esta situação é decorrência natural e inevitável da globalização, impondo-se um modo de pensar, ou mesmo a impossibilidade de pensar. Neste contexto impera a ideologia do limite econômico e, mais ainda, do mal menor. As coisas são como são porque não há outro modo de serem. Ademais, prossegue-se, é melhor se integrar à sociedade da forma como for possível do que estar, irremediavelmente, alijado. Como diz o economista José Eduardo Pastore, “é melhor ser um cooperado, mesmo com direitos diferentes dos do trabalhador assalariado, do que um desempregado”⁷.

Mas, por óbvio, tal argumento do mal menor não se justifica diante da visão jurídica do emprego como dever do Estado e direito do cidadão. Além do mais, dentro da lógica deste argumento está o próprio fundamento da escravidão. Como relata Gramsci, nos períodos pós-guerra os vencedores escravizavam os vencidos com o argumento de que se podiam matar os vencidos poderiam escravizá-los já que este seria um mal menor para os vencidos.

De todo modo, com ou sem intenção, esses argumentos acabam se tornando um acalanto para os que integram o 1/5 da sociedade, ao mesmo tempo em que gera nos injustiçados um sentimento de plena impotência. Aliás, como resultado da política de desmantelamento da educação pública, iniciada no Brasil no final da década passada, a maior parte da população brasileira (cuja herança cultural é do país da escravidão) considera que o trabalho que lhe é fornecido é uma esmola e se algum direito ainda lhe é

⁷. “Cooperativas disfarçam desemprego”, reportagem de Fátima Fernandes e Cláudia Rolli, Folha de São Paulo, edição de 07 de abril de 2002, pág. B-1.

concedido aí já é uma verdadeira obra divina. Conforme explica Roberto Pompeu de Toledo⁸, o Brasil "teve três séculos e meio de regime escravocrata, contra apenas um de trabalho livre", gerando a concepção "de que trabalho é algo que se obriga outro a fazer e pessoas humanas são mercadorias", mas não uma mercadoria qualquer, uma mercadoria especial porque tão logo comete algum delito torna-se gente.

Essas pessoas, portanto, assumem a consciência de sua "inferioridade", não se identificam como verdadeiros cidadãos e ainda, quando empregadas, possuem um sentimento de culpa, que lhes é inculcado, em razão do grande número de trabalhadores desempregados. Há, conseqüentemente, perda completa da dignidade nas relações de trabalho e uma impossibilidade concreta de alteração por ato de revolta dos injustiçados⁹.

A sociedade que deveria se basear pelo pacto de solidariedade, se caracteriza, então, pela luta de todos contra todos, pelo salve-se quem puder: e que vença o melhor e mais competente. Os cursos de formação profissional preparam o jovem para este mundo da competição, e seja o que Deus quiser!

2.4 O direito do trabalho construído com base na consciência econômica.

Esta sociedade competitiva, liberal e descomprometida possui, no entanto, um grande paradoxo, pois o direito que lhe dá conteúdo coercitivo ainda é o direito formado na era do Estado social. Sob o ponto de vista exclusivo das relações de trabalho, o direito do trabalho tradicional constitui-se óbice à consagração do "novo" modo de ordenação do mercado, cada vez mais à busca da lógica da lei da oferta e da procura.

A ideologia "moderna", por isso, busca alterar as bases do direito do trabalho, para que decisões judiciais não impeçam o avanço concreto do padrão liberal de formação das relações de trabalho. A idéia de flexibilização, de mero ideal econômico, passa, então, a integrar a base do direito do trabalho como um de seus princípios, abalando o próprio conceito do direito do trabalho que passa a ser visto como um instrumento não da construção da justiça social, mas como ponto de equilíbrio das forças entre empregado e

⁸. Roberto Pompeu de Toledo, "À sombra da escravidão", Revista Veja, edição de 15 de maio de 1996, p. 52. Também João José Reis: "Tivemos quase 400 anos de história em que os mais afortunados se acostumaram à noção de que os outros podem ser torturados. Isso pesa" (Idem. p. 64).

⁹. Por isto que a Fúria deve surgir dentro daqueles que integram o 1/5 da sociedade e que têm a consciência de que a injustiça social não é natural e que sua superioridade econômica com relação aos outros não é, em absoluto, fruto de sua competência.

empregador, um equilíbrio, no entanto, que se amolda facilmente às possibilidades econômicas e à completa ausência de força dos trabalhadores para resistirem aos avanços econômicos sobre os seus direitos, em razão do desemprego, o que implica, até mesmo, uma mudança na denominação do direito do trabalho, que começa a ser visto como “direito ao trabalho”, não importando qual trabalho.

A construção teórica tradicional do direito do trabalho é, desse modo, sensivelmente abalada, o que acaba permitindo a inserção de diversas leis no ordenamento que visam, exatamente, a reduzir as garantias sociais e econômicas do trabalhador e não mais a melhoria da sua condição de vida. Estas alterações legislativas poderiam ser afastadas sob a ótica do direito do trabalho tradicional, mas o Judiciário trabalhista, também convencido das razões fatalísticas que embasam o ideário da flexibilização, tem concedido eficácia a tais leis e até alterado posições jurisprudenciais anteriores mais protetivas dos interesses dos trabalhadores.

Esse novo direito do trabalho, no Brasil, que em termos científicos, até poderia questionar constituir-se, ainda, um direito autônomo da ciência jurídica, apresenta-se da seguinte forma:

a) o empregador pode dispensar o empregado sem justo motivo, pagando-lhe, apenas, uma multa de 40% do FGTS (multa esta que está a todo tempo sob ameaça de deixar de existir);

b) pode o contrato de trabalho se formar por diversas formas anômalas, que refletem uma precarização de direitos no que tange ao contrato tradicional: contrato temporário (Lei n. 6.019/74, com tendências à ampliação do prazo de 03 meses); contrato provisório (Lei n. 9.601/98); contrato a tempo parcial (art. 58-A da CLT); estágios (Lei n. 6.494/77, utilizada de forma cada vez mais indiscriminada e sem limites); cooperativas de trabalho (art. 442, parágrafo único, da CLT, também utilizado de forma ampla e ilimitada);

c) várias utilidades conferidas ao trabalhador não mais se consideram salário: art. 457, parágrafo 2º., da CLT;

d) o prazo prescricional dos direitos dos trabalhadores rurais foi recentemente fixado em 05 (cinco) anos (EC n. 28);

e) é possível compensar horas de trabalho pelo sistema de banco de horas dentro do período de um ano (art. 59, da CLT);

f) foram criadas as comissões de conciliação extrajudicial, com previsão legal de que elas possuem o poder de mediar acordos com efeito liberatório das obrigações trabalhistas, sem que se tenha que transacionar expressamente os direitos (Lei n. 9.958/00).

Além disso, nunca é demais lembrar que o salário mínimo no Brasil é de R\$200,00 e que os direitos trabalhistas conferidos ao trabalhador são: limitação da jornada, em oito horas diárias e 44 semanais; adicional de hora extra de 50% sobre a hora normal; adicional noturno de 20% sobre a hora normal; férias anuais de 30 dias; feriados remunerados; 13o. salário; regras de proteção ao salário; proteção contra alterações contratuais por ato unilateral do empregador (art. 468, da CLT); descanso semanal remunerado; multa de 40% sobre o FGTS no caso de dispensa injusta nos contratos por prazo indeterminado; aviso prévio nos contratos por prazo indeterminado; estabilidade provisórias no emprego, em casos excepcionais e socialmente justificáveis; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; proteção do trabalho da criança, do adolescente e da mulher; normas de segurança e higiene do trabalho; direito de greve e seguro social contra contingências sociais.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, seguindo-se esta linha da flexibilização, tem-se verificado, de modo geral, o seguinte:

a) não há qualquer questionamento (ou pelo menos, muito poucos) acerca da inconstitucionalidade das citadas previsões legais;

b) legitimou-se, pelo Judiciário, o sistema administrativo da terceirização (En. 331, do TST), deslocando-se o vínculo de emprego do local de prestação dos serviços, com efeitos nefastos no cotidiano dos trabalhadores;

c) fixou-se o entendimento de que o pagamento por intervalo não cumprido não possui natureza salarial;

d) manteve-se o salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade, embora a Constituição forneça argumentos fortes em sentido contrário;

e) manteve-se o entendimento de que não é possível a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, se presentes os elementos caracterizadores dos dois direitos;

f) firmou-se o entendimento de que não produzem efeitos trabalhistas nos contratos firmados com entes públicos sem prévia aprovação por concurso público;

g) tem-se aplicado a nova prescrição do rural a todos os contratos de trabalho rurais em vigor, desde que não haja reclamação trabalhista em andamento a respeito da respectiva relação de trabalho;

h) não se confere a estabilidade no emprego, prevista no art. 118, da Lei n. 8.213/90 (estabilidade do acidentado), na hipótese em que o ex-empregado não tenha recebido auxílio-doença acidentário, mesmo em se tratando de doença profissional;

i) firmou-se o entendimento de que a gorjeta não possui natureza salarial (En. 354, do TST);

j) firmou-se o entendimento de que a aposentadoria por tempo de serviço é causa extintiva do contrato de trabalho, fazendo-se o cálculo da multa de 40% sobre o FGTS, no caso de dispensa, somente com relação ao período posterior à aposentadoria;

l) tem-se reduzido a incidência a aplicação das horas “in itinere” (En. 324, do TST).

Visão que tem repercutido, igualmente, no processo do trabalho:

a) a distribuição do ônus da prova continua sendo aplicada com base na regra do artigo 333, do CPC, sem avaliação do princípio da aptidão para a prova;

b) raras são as concessões de tutela antecipada, adotando-se como limite o requisito negativo da irreversibilidade;

c) várias são as homologações judiciais de acordos prevendo a quitação ampla do extinto contrato de trabalho, sem indicação precisa dos direitos efetivamente transacionados;

d) freqüentes são as anulações de penhora em dinheiro ou de penhora em faturamento da empresa, com base no pressuposto de que não se deve “matar a galinha dos ovos de ouro”;

f) têm sido adotados, ainda que com menor incidência, os entendimentos de que as comissões de conciliação se constituem condição da ação e do efeito liberatório dos acordos ali formulados.

Esse é o quadro atual do direito do trabalho, no Brasil. Um direito, portanto, por demais flexível, que gera uma situação de extrema fragilidade jurídica do trabalhador, que se potencializa na forma como se tem visualizado o processo do trabalho, conforme relato de Márcio Túlio Viana:

“Essa distorção repercute até nos pedidos. Ninguém vai à Justiça para exigir, por exemplo, o cumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho. Ou pedindo que o juiz fixe a data de suas férias não gozadas no prazo legal.

Do mesmo modo, nenhum empregado transferido ilicitamente requer a volta ao lugar de origem, como a lei garante, até em caráter liminar. Na prática, todo o contrato pode ser alterado, mesmo de forma ilegal, sem que o patrão seja compelido a recolocá-lo nos eixos.

O que se pede, sempre, são reparações financeiras. E o que é pior: mesmo elas, em geral, não conseguem reparar tudo: sobre os direitos teóricos desaba o peso da prescrição, que se faz acompanhar, não raras vezes, com a ineficiência da execução. E assim se completa o trabalho de desconstrução da norma – que se iniciara no chão da fábrica – pelas mãos do próprio empregador.

Mas ainda não é só. Como já não tem a sua fonte de subsistência, o empregado que vai à justiça é sempre um demandado fragilizado. Repete-se, no plano do processo, a mesma coação irresistível que operava quando ela ainda tinha emprego e não queria perdê-lo. A relação de direito material contamina a relação processual: longe de desaparecer, a dependência econômica se agrava. Daí os acordos baixos... e as pessoas tantas vezes cabisbaixas.”¹⁰

2.5 Reconstruindo a consciência social do direito do trabalho.

Diante da concreta mudança já experimentada pelo direito do trabalho, atendendo os postulados da flexibilização, é possível verificar quais são os efeitos

¹⁰. “Proteção ao emprego e estabilidade sindical”, Revista do Direito Trabalhista, 31 de dezembro de 2001, p. 20.

que esse novo direito está produzindo no mundo do trabalho, ou, mais amplamente, na sociedade.

Analisando-se a realidade, o que se percebe é que esse novo direito nenhum resultado positivo tem produzido e isto até por uma razão muito simples: é que a mera redução de custos do trabalho não produz riqueza e, conseqüentemente, não resolve o problema das pequenas e médias empresas (que são as que realmente empregam neste país) e que dependem do mercado interno para sobreviver. Imagine-se, a título de exemplo, uma pequena loja do comércio, com 05 trabalhadores, sem qualquer direito trabalhista (nem mesmo salário mínimo). Diante de um mercado sem consumidores essa loja terá resolvido seus problemas financeiros?

A mera criação de leis que precarizam as relações de trabalho não significaram ampliação do mercado de trabalho. Conforme sentença Rodrigo Garcia Schwarz: “Ratifica-se, nesses termos, a inépcia da flexibilização do Direito do Trabalho como política de fomento ao emprego...”¹¹

Verifica-se, ademais, na realidade, o aumento da utilização fraudulenta dessas leis. Ainda que o propósito das leis de flexibilização tivesse sido trazer parte das pessoas, que atuam no chamado “mercado informal”, para a formalidade, o fato é que, em concreto, tais leis estão servindo para acabar com o emprego tradicional, conduzindo os “ex-empregados” para uma situação de semi-emprego (por exemplo, contrato a tempo parcial) ou de ocupação sem qualquer garantia trabalhista (por exemplo, cooperativas de trabalho).

Os empregados de ontem são os cooperados de hoje, revela a Reportagem, supra citada, publicada no Jornal Folha de São Paulo, “Cooperativas disfarçam crise do emprego”, na qual se constata o aumento do número de cooperados e a diminuição do emprego com carteira assinada nos últimos anos.

Esta situação tem gerado ganho menor para os trabalhadores e agravado a má distribuição de renda, aniquilando, como dito, o mercado interno e as pequenas e médias empresas. Aliás, os problemas das pequenas e médias empresas se

¹¹. “A falácia da flexibilização do direito do trabalho no Brasil”, Revista do Direito Trabalhista, 31 de dezembro de 2001, p. 11)

agravam ainda mais porque, em geral, as técnicas de flexibilização, vinculadas à aceitação dos sindicatos, acabam sendo utilizadas apenas por grandes empresas¹².

E percebe-se que não se fala apenas de trabalhadores de classe baixa. Os trabalhadores da classe média foram os primeiros a ser atingidos pela desregulamentação do mercado de trabalho, conforme destaca a reportagem “À beira do abismo”, da Revista Época, edição de 3 de junho de 2002, p. 68: “Trazidas ao país em clima de euforia, as modas de gestão empresarial e siglas que parecem partidos políticos tinham origem teórica diversa, mas uma consequência prática comum – caçar a classe média no setor privado. Era para gerentes, auxiliares e supervisores que se olhava quando se falava em ‘inchaço’ no quadro de funcionários, se propunham ‘reestruturações’ e se denunciavam ‘benefícios’, que a partir de então foram chamados de mordomia.”

Assim, a lógica da redução dos custos do trabalhador apenas alimenta a lógica do desemprego e contraria a própria lógica do regime capitalista.

Além disso, sob o prisma exclusivo do dia-a-dia do trabalho, o fantasma do desemprego potencializa a subordinação, fazendo com que o empregado se submeta a condições de trabalho cada vez mais prejudiciais à sua saúde. Isto implica que a exclusão social não seja um fenômeno que se verifica apenas com relação aos desempregados, mas também no próprio ambiente do trabalho, como relata o sociólogo francês, Pierre Roche¹³. Em razão do risco sempre presente do desemprego, há uma fragilização do trabalhador no ambiente de trabalho, provocando o crescimento do “stress” no trabalho.

Essa alteração no mundo do trabalho causa, ainda, um acréscimo muito grande do custo social do trabalho, devido o aumento impressionante de doenças no trabalho, provocadas também pelo citado “stress”, e de acidentes do trabalho, em virtude da despreocupação das empresas com a segurança no ambiente do trabalho, especialmente, em relações de trabalho formadas com terceirizações¹⁴ e cooperativas de trabalho.

Mas, pior que isto é a desmoralização pública por que tem passado o direito do trabalho, fazendo com que o descumprimento das poucas garantias que restam

¹². Pesquisa, em andamento, com o título “Impactos da flexibilização no mercado de trabalho: a realidade de Jundiaí/SP”, realizada pelo Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Jundiaí, sob a coordenação de Jorge Luiz Souto Maior, revela que as regras de flexibilização são previstas em acordos coletivos e não em convenções coletivas e, em regra, os acordos em questão são firmados com grandes empresas.

¹³. « Le laboratoire secret de la production de l'exclusion », in Précarisation du travail et lien social : des hommes en trop ?, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 28.

¹⁴. Vide, a propósito, reportagem do Jornal Folha de São Paulo, edição de 9 de maio de 2002, p. B-12.

ao trabalhador seja vista como natural, não produzindo qualquer efeito ao agressor dos direitos trabalhistas¹⁵. Pelo contrário, este foi recentemente premiado com a possibilidade de fazer acordos nas comissões de conciliação prévia, onde as questões de ordem pública não são levadas em consideração vez que foram simplesmente esquecidas pelo legislador¹⁶.

Nesta onda de desmoralização do direito do trabalho, o descumprimento de direitos do trabalhador não mais agride a moral de ninguém. Pelo contrário, pleitear direitos trabalhistas perante a Justiça torna o reclamante um “mal agradecido”, um “espertalhão”, que quer “arrancar” alguma coisa das empresas.

É comum, no caso de terceirizações, por exemplo, nas reclamações trabalhistas em que um trabalhador requer suas verbas rescisórias, que, deliberadamente, não foram pagas, ver no pólo passivo, duas, três ou quatro reclamadas, todas elas eximindo-se de qualquer responsabilidade quanto aos créditos trabalhistas reclamados, apoiadas em fórmulas jurídicas bem construídas a partir da perspectiva do direito do trabalho moderno, que tende a privilegiar o ajuste de vontades entre empresas, desconsiderando o efeito desses negócios na vida do trabalhador. E, é relevante notar que essa postura em absoluto é motivada por razões econômicas, visto que, em geral, é adotada por grandes empresas e até mesmo por empresas estatais. O Judiciário trabalhista se perde em uma discussão acadêmica para definir, em casos isolados, o que é atividade-meio ou atividade-fim (seguindo padrão jurídico fixado pelo En. 331, do TST, acatado pela doutrina), enquanto que, concretamente, empresas de prestação de serviços, sem qualquer idoneidade econômica e sem estarem vinculadas a uma atividade profissional específica¹⁷, continuam simplesmente intermediando mão-de-obra e provocando o aniquilamento das garantias do direito do trabalho, sendo que disto aproveitam-se muito bem algumas empresas, para, com base na redução do custo do trabalho que tal sistema representa, se inserirem de forma desleal na concorrência comercial, em prejuízo das outras empresas que buscam, ainda, adimplir, devidamente, os direitos do trabalhador.

¹⁵. “A cada norma precarizante, ou a cada interpretação que precariza, o Direito do Trabalho perde um pouco mais de efetividade. Nesse sentido, pode-se dizer que toda a CLT já mudou – e continua a mudar, a cada instante. Tratada à moda antiga, segundo o receituário liberal, pouco a pouco perde as forças com as sucessivas sangrias.” (Márcio Túlio Viana, “Proteção ao emprego e estabilidade sindical”, Revista do Direito Trabalhista, 31 de dezembro de 2001, p. 19).

¹⁶. Reconhece-se, é verdade, que este mesmo defeito também foi praticado (e continua sendo) com certa intensidade perante a Justiça do Trabalho, que, infelizmente, durante muito tempo foi estruturada sob a perspectiva da eliminação dos conflitos para atender a melhora dos dados estatísticos.

¹⁷ Veja-se, por curiosidade, o nome das empresas prestadoras: “XYZ serviços gerais Ltda.”

A realidade do mundo do trabalho que está sendo criada pelas normas de flexibilização é esta. Uma realidade que despreza os aspectos éticos das relações sociais¹⁸ e que aumenta a cada dia a desvalorização do trabalho¹⁹, ampliando a distância entre ricos e pobres, aniquilando a consciência de cidadania nas relações de trabalho e promovendo o caos social.

Recente pesquisa realizada pelo DIEESE, publicada no Jornal Folha de S. Paulo, edição de 28/05/02, p. B-3, revela que o ganho médio dos assalariados, no mês de março/02, foi 11,2% menor do que o ganho obtido no mês de março do ano passado.

O que causa fúria é que diante de tal realidade (que não se quer enxergar), continua-se pensando o futuro do direito do trabalho ainda sob a mesma perspectiva, pondo-se em discussão a criação de novas regras de flexibilização, como a que gira em torno da alteração do artigo 618, da CLT²⁰. Diante da realidade já produzida pelas técnicas de flexibilização implementadas há alguns anos, não é preciso ser futurólogo para compreender que essas novas alterações propostas produzirão os mesmos efeitos gerados até aqui, não fazendo mais que agravar os problemas sociais do país, cujas causas reais restam, em razão do desvio de perspectiva, sem qualquer enfrentamento sério.

Os problemas brasileiros são muito mais amplos do que aqueles que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe da mera avaliação do custo do emprego. Os problemas do Brasil, dentre outros, são: o desmanche da educação pública; a má distribuição de renda; a falta de incentivo à produção agrícola; a desproporcionalidade do sistema tributário; a ausência de uma efetiva política de incentivo ao turismo e, em certa medida, às pequenas e médias empresas; a evasão do dinheiro público em casos de corrupção cada vez mais agressivos e a conseqüente sonegação fiscal; a concessão desmedida de incentivos fiscais a multinacionais; a indefinição quanto ao processo de reforma agrária; a insegurança pública, que interfere até mesmo na política internacional do país; o alto custo de uma eterna dívida externa, que consumiu praticamente

¹⁸. Vivencia-se o império da “lei de Gerson”, pois as empresas que não cumprem os direitos trabalhistas se beneficiam na concorrência comercial e as empresas que buscam cumpri-los, conseqüentemente, são penalizadas.

¹⁹. Vide a este respeito, o Caderno Especial do Jornal Folha de São Paulo, “Trabalho”, de 24 de março de 2002.

²⁰. Ou pensa-se, então, em medidas paliativas, tais como, o aumento do prazo do seguro-desemprego, ou na redução da jornada de trabalho. Quanto a esta última cabe frisar que a redução da jornada por si só não representa melhor desenvolvimento econômico das empresas e nem ampliação do mercado de trabalho, se não acompanhada de um sério sistema que equacione o grande problema do ritmo do trabalho (ou como dizem os franceses, “de la charge du travail” (a carga do trabalho).

todo o dinheiro arrecadado com as privatizações (sem se falar em esquemas organizados para benefícios particulares)...

Esses problemas não são enfrentados, pois se imagina, equivocadamente, “data venia”, que nossas dificuldades serão resolvidas com a diminuição dos direitos trabalhistas. Esta idéia representa, em última análise, a consideração vazia de que são os ganhos do trabalhador que estão impedindo o progresso econômico do país.

É interessante notar, aliás, que essa voracidade do econômico sobre o social, acatada no Brasil nos últimos anos resultou que o Brasil, do 9º. lugar no nível de desemprego absoluto entre os países do mundo, em 1980, passou, em 2000, para o 2º. lugar (Folha de S. Paulo, 29 de maio, 2002, p. B-5).

É notório, portanto, que esta busca incessante da redução dos ganhos do trabalhador, como forma de melhorar a economia do país, não encontra respaldo científico²¹ e mesmo que tivesse o fato é que não se pode imaginar a construção de uma sociedade apenas sob uma ótica meramente econômica (relação custo-benefício). É preciso que o bem-estar, a justiça e a igualdade sejam os alvos principais da civilização.

De qualquer modo, dizer que, no Brasil, o direito do trabalho gera um custo elevado para as empresas constitui um equívoco lamentável. Como dissemos alhures:

“Ainda que considerado o custo paralelo do direito do trabalho, o custo da mão-de-obra, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo se comparado com outros países. Segundo informações de Arnaldo Süssekind²² o custo da mão-de-obra no Brasil, por hora, é igual a R\$2,79, enquanto que esse mesmo custo no Japão é de R\$12,84; nos EUA, R\$ 14,83; e, na Alemanha, R\$21,50²³. Relevante destacar, também, que o valor do salário mínimo no Brasil equivale a US\$75,00, enquanto que em outros países o valor é bastante superior: Itália, US\$500,00; Espanha, US\$600,00; EUA, US\$680,00; Canadá, US\$920,00; França, US\$1.000,00; Holanda, US\$1.075,00; Dinamarca, US\$1.325,00²⁴.

²¹. Vide, a respeito da inconsistência científica da teoria da flexibilização, os impressionantes dados apresentados por Jorge Pinheiro Castelo, na Revista Trabalho & Doutrina, n. 26, p. 84/101, no artigo intitulado, “O direito do trabalho do século novo”.

²² História e perspectivas da Justiça do Trabalho, in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 67, n. 04, out/dez 2001, p. 26.

²³. Segundo Francisco Meton Marques de Lima, "o salário/hora do trabalhador brasileiro é de US\$2,4/hora, contra uma média de US\$16,00 no Japão, US\$18,00 nos EUA e US\$24,00 na Alemanha". ("Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal", in Revista LTr, 61-05/621)

²⁴. Fonte: <http://www.g:\dados\gidaj\parecer\arnaldo\encargo 1.doc>.

Ademais, não se podem considerar encargos sociais direitos conquistados à custa de muita luta, como férias, 13o. salário, repouso semanal remunerado, como explica Clóvis Rossi²⁵ : ‘...o Prof. Pastore eleva, incorretamente, os encargos sociais a 102,06% da folha por uma razão simples: inclui como encargos as férias, o repouso semanal, o 13o., etc. Não são encargos. São direitos mínimos do trabalhador, a menos que se pretenda revogar a Lei Áurea, o que ainda não entrou na agenda das reformas. O certo é que uma empresa que pague um salário de R\$100 a um trabalhador gasta com taxas e contribuições mais R\$36, conforme Demian Fiocca provou usando os dados do próprio Pastore’.”

Vale destacar, ainda, que também não se sustenta a idéia embutida na desregulamentação de que os particulares, empregados e empregadores (vistos como “parceiros sociais”) podem regular seus interesses autonomamente de uma forma melhor do que aquela marcada pela intervenção da lei.

Esta idéia se apóia no exemplo americano. Mas, como tivemos oportunidade de esclarecer em outro texto:

“...a negociação coletiva nos Estados Unidos não é uma alternativa para o que existe na legislação, pois legislação a respeito de direito do trabalhador simplesmente não existe.

Os Estados Unidos apresentam, portanto, o verdadeiro ambiente do laboratório experimental do ideal neoliberal da plena liberdade negocial. Mas qual será a real situação concreta dos trabalhadores americanos ? Terá este sistema efetivamente produzido um resultado tão maravilhoso como se costuma dizer ?

Nos Estados Unidos²⁶, a partir do final dos anos 70, iniciou-se uma verdadeira guerra, financiada por conglomerados econômicos, contra a sindicalização dos trabalhadores e contra os movimentos grevistas, que culminaram com dispensas de trabalhadores engajados em greves ou sindicalizados, mesmo que tais dispensas se constituíssem atos contrários à lei americana, mas que acabavam surtindo o efeito desejado em razão da ineficácia do sistema judiciário americano para dar guarida à demanda dos trabalhadores para se reintegrarem ao serviço.

O resultado foi que, atualmente, apenas cerca de 13% dos trabalhadores americanos são sindicalizados, sendo estes os únicos que possuem algum direito de natureza trabalhista, que se inscreve nos instrumentos de negociação coletiva. Os demais (87%) não possuem qualquer direito trabalhista, pois não são atingidos pelas normas coletivas e não há, como dito, direitos individuais

²⁵ "Voltaram as falácias", in Folha de São Paulo, edição de 17/02/96, p. 02.

²⁶. Conforme relato de FANTASIA, Rick. Dictature sur le prolétariat, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n. 138, juin 2001, p. 3.

previstos na legislação. Esta realidade tem provocado que as condições de trabalho nos Estados Unidos se precarizam mais a cada ano, gerando, também, diminuição de salários. Os salários dos trabalhadores americanos diminuíram, em média, 18% desde 1979. No que se refere aos trabalhadores de menor qualificação esta diminuição é evidentemente mais intensa e é acrescida, ainda, da perda dos ganhos indiretos, como custeio de seguro de saúde e aposentadoria privados – o que é uma grande perda, na medida em que nos Estados Unidos não há seguro público de saúde e sistema de aposentadoria pública. Em termos de condições de trabalho, esta grande parte dos trabalhadores americanos não tem direito a repouso durante a jornada e adquire, em média, direito a 16 dias de férias, somente após cerca de 05 anos de prestação de serviço. No que tange à carga de trabalho, os trabalhadores americanos trabalham atualmente mais 63 horas por ano do que trabalhavam há 20 anos atrás, enquanto em outros 23 países de economia estável os trabalhadores trabalham, em média, 160 horas a menos, no mesmo lapso de um ano.

Algumas empresas americanas se utilizam em larga escala dos contratos precários ou da política dos baixos salários para reduzir o custo dos produtos que oferecem no mercado. Situa-se no primeiro caso o Macdonald's (100% de seus empregados são contratos a tempo parcial) e, no segundo, a Walmart.

Com isto, o cidadão trabalhador americano cedeu lugar ao cidadão consumidor americano, e os instrumentos de defesa dos interesses deste último, cada vez mais intensos, são um freio decisivo à conquista de direitos pelos primeiros. Adite-se a esta realidade, uma alta taxa de desemprego, principalmente entre jovens e negros, que em termos estatísticos é mascarada pela superpopulação que habita o gigantesco sistema carcerário americano.”

A este propósito, ademais, relevante lembrar que o sistema de negociação coletiva do Brasil é marcado por um ambiente jurídico extremamente desvantajoso para os sindicatos de empregados, que são chamados a negociar sem ter acesso aos documentos que comprovam a veracidade dos argumentos das empresas no que tange à sua dificuldade econômica²⁷ e ao mesmo tempo são pressionados pelos próprios trabalhadores que se dispõem a aceitar as condições menos favoráveis propostas pelas empresas, na medida em que são ameaçados com o desemprego.

Com explica uma outra autora americana, Eillen Appelbaum, « os empregadores têm utilizado este ‘efeito de ameaça’ para reduzir sensivelmente

²⁷. A pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta, em Jundiaí/SP, supra citada, revela que os sindicatos reconhecem que negociam sem que possam ter acesso a qualquer documentação das empresas a respeito de sua condição econômica.

o poder de negociação dos trabalhadores, para conter os salários, impor horas extras, aumentar a carga de trabalho e destruir os sindicatos. »²⁸

Uma política nacional voltada para o incremento da idéia de redução do ganho dos trabalhadores não pode ser considerada séria não só por ser defendida em um país onde as diferenças sociais já estão entre as maiores do mundo, mas também porque se apresenta, normalmente, de uma maneira até certo modo hipócrita, vez que enquanto se defende, ou meramente se aceita, a idéia de redução dos ganhos do trabalhador, outros buscam e alcançam melhores salários²⁹.

Para que uma tal idéia de sacrifício de direitos trabalhistas, como forma de recuperação da economia, pudesse ser levada a sério, seria preciso que ela se integrasse ao contexto de uma proposta de formação de um autêntico **pacto social**³⁰, o qual, por sua vez, somente pode ser pensado após o enfrentamento dos problemas sócio-econômicos do país, relatados acima³¹. Um tal pacto englobaria o esforço de todos, resultando, por óbvio, um sacrifício maior daqueles que sempre foram os mais beneficiados pelo sistema, incluindo políticos, grandes empresários, banqueiros, especuladores financeiros e membros do alto escalão dos poderes públicos, nos âmbitos Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os custos sociais, que incidem sobre a remuneração, que são: a contribuição previdenciária, incluindo o seguro contra acidente do trabalho, o salário-educação; as contribuições para o INCRA, o SESI/SESC, o SENAI/SENAC e o SEBRAE; o PIS (que também é um custo social - para as pessoas jurídicas -, mas que não incide sobre a folha de pagamento, e sim sobre o lucro); o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador - para custeio do seguro-desemprego - Lei n. 8.019/90) e as contribuições para o SESI/SESC, o SENAI/SENAC e o SEBRAE (que "financiam atividades sociais de órgãos

²⁸. "Transformation du travail et de l'emploi et nouvelles formes d'insécurité", texto apresentado na Conferência - OIT, o Futuro do Trabalho, do Emprego e da Proteção Social, realizado em Annecy, em 18-19 de janeiro de 2001: <http://www.ilo.org/public/france/bureau/inst/papers/confrence/annecy2001/appel/index.htm>

²⁹. "Deputados mineiros dobram salários e passarão a ganhar R\$34 mil", notícia a Revista Carta Capital, em sua edição de 03 de abril de 2002, p. 8. Tramita, no Congresso Nacional, projeto de lei, propondo aumento a juízes federais (dentre os quais, juízes do trabalho), que permitirá aos congressistas também obterem aumento na ordem de 59% (Folha de S. Paulo, edição de 30 de maio de 2002, p. A-11).

³⁰. Uma reforma completa de ordem política, visando a atacar, de forma coordenada, todos os problemas sociais e econômicos do país, com a qual se comprometessem todos os segmentos da sociedade.

³¹. Pois, do contrário, um tal pacto serviria apenas para reforçar os privilégios de uns poucos, representando, concretamente, a eliminação completa da classe média e, conseqüentemente, do mercado interno.

desenvolvidos e administrados por entidades patronais"³²), poderiam, e até deveriam, ser desvinculados da relação de emprego, para que se afastasse, de uma vez, essa visão de que o direito do trabalho é burocrático e que gera alto custo para quem emprega.

Conforme adverte Arnaldo Süssekind, "...o *custo brasil*, que realmente vem prejudicando o nosso comércio exterior, é formado por impostos e tarifas estranhos às relações de emprego."³³

Esses encargos, no entanto (que embora incidindo sobre a relação de emprego, não decorrem de normas de direito trabalhista), possuem finalidades sociais e, portanto, não podem, simplesmente, deixar de existir sem que outra fonte de custeio os substitua, vez que diante de "uma possível redução dos encargos sociais, sem a definição automática e imediata de novas bases de financiamento da seguridade social, a precarização do mercado de trabalho e as desigualdades salarial e social tendem a crescer ainda mais"³⁴. Afinal, conforme observa Adam Przeworski, "há alguns anos tornou-se consenso que o gasto social é investimento". Não é possível que "num país como o Brasil, um dos mais desiguais do planeta, alguém ache que esse tipo de gasto, cuja ausência é sentida e sofrida cotidianamente, possa ser encarado como desperdício". Segundo Adam Przeworski, só é possível desprezar a importância dos encargos sociais quando as "pessoas tenham o receio de que esse dinheiro, uma vez posto na mão do governo, acabe sumindo antes de chegar ao seu destino. Mas aí é um problema de corrupção, e não de que o gasto, em si, não seja válido."³⁵

O que não se pode, em hipótese alguma, é procurar as soluções mais fáceis (que sempre são as piores) e imaginar que a recuperação da economia brasileira possa ser pensada na exclusiva perspectiva da redução dos ganhos do trabalhador assalariado³⁶. Como assevera José Alberto Couto Maciel, "Se o desemprego, como dizem, é a doença social da virada do século, decorrente da tecnologia avançada e da abertura econômica, o remédio não pode ser dado com a aceitação humilhante de algumas migalhas

³². Cf. Anselmo Luís dos Santos, "Encargos sociais e custo do trabalho no Brasil", in *Crise do Trabalho no Brasil – Modernidade ou Volta ao Passado?* Organizadores: Carlos Eduardo Barbosa de Oliveira & José Eduardo Levi Mattoso. São Paulo, Scritta, 1996, p. 230.

³³. "A globalização da economia e o direito do trabalho", *Revista LTr*, 61-01, p. 43.

³⁴. Anselmo Luís dos Santos & Márcio Pochmann, "O custo do trabalho e a competitividade internacional", in *Crise e trabalho*, op. cit., p. 204.

³⁵. "O futuro será melhor", *Revista Veja*, edição de 18 de outubro de 1995, pp. 9-10.

³⁶. É a corda, como sempre, arrebentando do lado mais fraco...

de subemprego, decorrentes de uma 'flexibilização' que nada mais é do que a desregulamentação total dos direitos trabalhistas."³⁷

2.6 Reconstruindo o direito do trabalho com base na consciência social.

Aos integrantes da Fúria³⁸, no entanto, não basta destacar a falácia das saídas propostas pela onda da flexibilização. É preciso, urgentemente, pôr-se em luta contra o avanço dessa situação. Não se trata, no entanto, de uma postura revolucionária ou anárquica. Ao contrário, trata-se de postar-se em defesa do Estado democrático de direito, da ordem jurídica social herdada de uma época em que a humanidade, vivenciando os efeitos dos horrores das guerras mundiais, foi forçada a reconhecer que as normas coercitivas da convivência humana deveriam, necessariamente, preservar a dignidade, a ética e a solidariedade. Vários, ademais, são os instrumentos jurídicos dessa ordem, notabilizando-se a Declaração dos Direitos do Homem (1948), que fixou a noção fundamental do direito moderno, que é a noção dos direitos humanos.

A ordem jurídica social existe e os fundamentos humanísticos integram essa ordem sob a forma de princípios. Cumpre fazê-los atuar, até como efeito de uma responsabilidade histórica e compromisso com as gerações futuras.

Diante da demonstração de que o novo modelo jurídico trabalhista, que se tem criado, nada tem trazido de benefício para a sociedade, e até, pelo contrário, tem provocado intensificação dos problemas econômicos, com eliminação concreta da noção ética no trabalho, faz-se urgente reconstruir as bases fundamentais do direito do trabalho, para que se possa revitalizá-lo como instrumento de distribuição de justiça social.

a) Conceito.

O primeiro passo é recuperar o conceito tradicional do direito do trabalho, como sendo "... o conjunto de princípios, normas e instituições, que se aplicam à relação de trabalho, tendo em vista a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social."³⁹

³⁷. Desempregado ou Supérfluo? São Paulo, LTr, 1998, p. 67.

³⁸. Conforme relata reportagem da Revista Época, "As pesquisas de opinião revelam que a classe média está com raiva. Sente-se traída por haver se preparado para viver num país que não existe mais." ("À beira do abismo", edição de 3 de junho de 2002, p. 68)

³⁹. Octavio Bueno Magano, "Direito do Trabalho e Direito Econômico", Revista LTr, 39/732.

b) Princípios.

“Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras.” (Fábio Konder Comparato, “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”)

O segundo passo é dar maior efetividade aos princípios do direito do trabalho, para fins de: fomentar a criação de leis que atendam a esses princípios; adotarem-se interpretações dos dispositivos legais que, concretamente, atendam ao ideal marcado em sua conceituação; negar validade a certos preceitos legais, em casos concretos, que agridam os princípios constitucionais ligados à proteção da dignidade do trabalhador.

Aliás, o direito do trabalho atual passa por uma profunda crise existencial. Continua-se dizendo que os princípios do direito do trabalho são aqueles constantes da clássica obra de Américo Plá Rodriguez (Os princípios do direito do trabalho), mas, na prática, a criação de leis e a interpretação de seus dispositivos negam, diariamente, qualquer força a esses princípios dentro do contexto jurídico atual.

O direito do trabalho, da forma como vem sendo executado, sequer se justifica como ramo do direito específico da ciência jurídica, pois que se apóia em tradicionais princípios do direito comum (civil), princípios estes que de certo modo estão sendo recusados em vários segmentos do próprio direito civil, como o Código de Defesa do Consumidor, para citar um exemplo.

Interessante, a propósito, verificar que ninguém considera ridícula e ultrapassada a norma do Código de Defesa do Consumidor que nos trata como “hipossuficientes” frente ao comerciante, visto que isto interessa aos intérpretes da lei na sua vida cotidiana, mas, ao mesmo tempo, vê-se um ataque direto à proteção que o direito do trabalho tradicional confere ao empregado, inquinando-a de injustificada e antiquada.

Vale dizer que a revalorização dos princípios protetivos do direito do trabalho em absoluto reflete uma postura antijurídica ou de direito alternativo, visto que os princípios jurídicos não negam o positivismo, ao contrário fortalecem-no, na medida em que possibilitam a existência de um “positivismo crítico”. “Conforme explica François Ewald, ‘com a prática dos princípios gerais do direito entra-se assim na fase de um

positivismo crítico, de um positivismo que em si mesmo encontra as condições da sua própria crítica interna’.”⁴⁰

Quando se fala em direito do trabalho, a sua história obriga-nos a reconhecer que esse modelo jurídico se solidificou, exatamente, porque assumiu o propósito de buscar a minimização das injustiças sociais. Esse dado, evidentemente, exige que se pense no direito do trabalho sob o prisma da justiça, mais precisamente da justiça social, que pode ser vista, então, como seu princípio fundamental.

Assim, quando se apresenta a justiça social como princípio fundamental do direito do trabalho, passa-se a tratar da justiça social na esfera do direito positivo e não do direito natural. Conseqüentemente, ganham força os demais princípios do direito do trabalho e, em especial, o princípio protetor, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da primazia da realidade e o princípio da continuidade da relação de emprego.

Vale fixar que o princípio da justiça social ganhou no ordenamento jurídico pátrio força normativa, na medida em que foi, expressamente, consagrado em algumas passagens do texto constitucional. Com efeito, no artigo 1º. consideraram-se princípios fundamentais da República, a proteção da “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No artigo 170, “caput”, fixou-se que a ordem econômica deve seguir os ditames da “justiça social”, observando o valor social da propriedade (inciso III) e a busca do pleno emprego (inciso VIII).

c) O controle de constitucionalidade das leis.

Outro instituto decisivo desse direito como instrumento é o controle difuso “a posteriori” da constitucionalidade da lei. Como explica Mauro Cappelletti, «La charpente constituée par les Constitutions modernes et le contrôle juridictionnel des lois pourra de la sorte réaliser une synthèse entre les idéaux abstraits du droit naturel et les dispositions concrètes du droit positif.»⁴¹ Isto porque na própria origem da constitucionalização do direito se encontra a noção do direito natural. A Constituição, sendo uma Carta política, representa juridicamente os princípios que integram os valores considerados fundamentais de uma sociedade⁴². Está à base do direito natural que o homem pode desobedecer a uma lei injusta. O tema da justiça, abstrato sob a ótica do direito

⁴⁰. Foucault, a norma e o direito, Lisboa, Comunicação e Linguagens, 1993, p. 222.

⁴¹. Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 181.

⁴². « Le droit naturel prétendait mettre en valeur des idéaux qui n’avaient pas un caractère seulement permanent, mais aussi universel... » (Mauro Cappelletti)

natural, no entanto, é concretizado e se integra ao direito positivo no contexto do controle da constitucionalidade, na medida em que o juiz pode negar a aplicação de uma lei com o argumento de sua incompatibilidade com as normas constitucionais, as quais, vale repetir, são construídas com base em conceitos abstratos, extraídos, exatamente, da noção de justiça, tais, como a igualdade, a solidariedade, a liberdade e a justiça social, que se integram, naturalmente, às constituições modernas, como valores universais⁴³.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é, portanto, uma forma de se impor às autoridades estatais o respeito aos valores universais, nos quais se integram os direitos humanos⁴⁴, representando, pois, uma expressão essencial do Estado de direito.

d) As declarações internacionais de preservação da dignidade humana.

“O primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo, capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (Fábio Konder Comparato, “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”)

Vários são os instrumentos jurídicos, no âmbito supranacional, que buscam a preservação desses valores. É marco desta preocupação, a publicação, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia geral das Nações Unidas. Este documento, mais que uma mera declaração de ordem moral, trata-se de um instrumento jurídico que fixa os “princípios do direito internacional dos direitos do Homem”⁴⁵. Embora sem força obrigacional no ordenamento interno, a Declaração dos Direitos do Homem, é constantemente invocada para solução de questões internacionais e mesmo como fundamento para a criação de outros instrumentos internacionais, que lhe seguiram: a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (assinada em Roma, 4 de novembro de 1950); a Carta Social Européia (assinada pelo Conselho da Europa, em 1961); a Carta Comunitária

⁴³. « Dans le constitutionnalisme moderne on peut observer une tendance nette à voir reconnaître sur un plan universel certains valeurs. » Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 180.

⁴⁴. « Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en tant que méthode employé pour imposer aux autorités étatiques le respect de principes supérieurs... » Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 182.

⁴⁵. Frédéric Sudre, “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”, in *Libertés et droits fondamentaux*, 7^a edição, sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche e Thierry Revet, Paris, Dalloz, 2001.

dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (de 9 de dezembro de 1989); a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, 18 de junho de 1998); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (adotada, em 14 de outubro de 2000, pelos quinze países membros da União Européia); sem falar nas mais de 180 Convenções adotadas pela OIT, das quais merecem destaque a de número 87, referente à liberdade sindical (de 1948) e a de número 158, relativa à proibição de dispensa arbitrária (de 1982). Merece destaque, igualmente, uma passagem do preâmbulo da Declaração da OIT, na qual se afirma: “...o crescimento econômico é essencial, mas ele não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, e isto confirma a necessidade da OIT de promover políticas sociais sólidas, a justiça e as instituições democráticas”.

Estes princípios internacionais de organização das sociedades modernas exercem uma influência muito grande sobre os textos constitucionais dos países de regime democrático⁴⁶ e mesmo que assim não ocorra concretamente, muitas vezes o vazio acaba sendo preenchido por tratados internacionais que adquirem força de norma constitucional no ordenamento interno de cada país. Mesmo em alguns países, como a França, no qual não se permite ao juiz efetuar o controle “a posteriori” da constitucionalidade das leis, obriga-se-lhes aplicar as leis em conformidade com as normas transnacionais. Nestas realidades, como explica Mauro Cappelletti, « le contrôle juridictionnel des lois, qui ne peut entrer par la porte principale de la Constitution nationale, s’est en fait introduit par la large fenêtre d’une Déclaration des droits transnationale. »⁴⁷

Na Comunidade Européia, « tous les juges des divers États sont autorisés, et même sont tenus, de contrôler la conformité de leurs lois nationales au droit de la Communauté, et ils doivent refuser l’application de ces lois s’ils considèrent qu’elles vont à l’encontre de ce droit communautaire supérieur, qui es applicable dans l’espèce à eux soumise »⁴⁸.

Atualmente, nos países europeus, para resolver um conflito de trabalho, é preciso ao juiz conhecer o chamado “direito do trabalho comunitário”⁴⁹, ou de

⁴⁶. “A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se.” (Fábio Konder Comparato, “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”, in *Direitos Humanos: visões contemporâneas*. Revista de comemoração dos 100 anos da Associação dos Juizes para a Democracia, São Paulo, 2001, p. 17.

⁴⁷. Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 226.

⁴⁸. Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 229.

⁴⁹. Expression de Roger Blanpain et Jean-Claude Javillier (*Droit du travail communautaire*, L.G.D.J., Paris).

forma mais ampla, o “direito social da União Européia”⁵⁰, além das normas do direito nacional.

Esta ligação entre direito nacional e direito comunitário, no entanto, não é muito precisa, havendo, ainda, os que consideram que os dispositivos supranacionais são apenas regras de carácter programático, impedindo que produzam resultados direitos na realidade nacional. Mas, como explica Michèle Bonnechère, « s’en tenir à cette – dernière – constatation reviendrait à ignorer la nature même de l’ordre juridique communautaire, qui peut et doit produit des effets juridiques, même s’il ne s’agit pas d’effets directs »⁵¹.

Esta relação, ademais, é resolvida de forma diferente em cada Estado, em conformidade com seu ordenamento interno. Na Áustria e na Holanda, por exemplo, os tratados possuem a mesma força, e até mais, que o direito constitucional. Ao contrário, no Reino Unido e nos países escandinavos, não há uma obrigação de se respeitar os tratados internacionais nas relações jurídicas internas. Na Bélgica e na França, os tratados internacionais têm “uma forma superior àquela do direito ordinário, sem, entretanto, os assimilar ao direito constitucional ou vê-los como um direito transnacional”⁵². Na Itália e na Alemanha, o tratado internacional se incorpora ao ordenamento como lei ordinária, que pode ser modificada por uma lei nacional posterior⁵³.

De todo modo, o direito interno fornece instrumentos para a concretização das Declarações Internacionais e sobretudo da Declaração Universal dos Direitos do Homem porque do contrário estas regras de princípio que correspondem ao compromisso assumido pelas sociedades modernas, diante dos horrores dos períodos pós-guerra, serviriam apenas como estratégia de discursos para se atingir uma retórica que pudesse ter força na mídia, não representando mais que uma grande filantropia sobre à qual alguns (pessoas ou instituições) apoiariam-se para oportunidades pessoais no mercado

⁵⁰. Selon Pierre Rodière (Droit social de l’Union européenne, L.G.D.J., Paris)

⁵¹. « De la connaissance et de l’usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *in* Droit Ouvrier, mars 2000, p. 84.

⁵². « une force supérieure celle du droit national ordinaire, sans toutefois les assimiler au droit constitutionnel ou y voir un droit transnational » Mauro CAPPELLETTI, Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 231.

⁵³. « On trouve également une situation intermédiaire en Allemagne et en Italie, où la Convention apparemment est directement applicable, mais n’est traitée comme une loi nationale et peut donc se voir modifiée par une loi nationale nouvelle. » Mauro CAPPELLETTI, Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 232.

internacional ou mesmo como um conteúdo de discursos em favor da urgência de novas elites no mundo, exaltando os valores americanos⁵⁴.

O fato é que as sociedades modernas não podem conviver com a injustiça social sem se valer desses instrumentos jurídicos como forma de correção da realidade, pois que representam a formação da “consciência ética da dignidade humana”⁵⁵.

Interessante notar, a este respeito, que enquanto no Brasil se fala, largamente, e sem qualquer contestação, da eliminação dos direitos trabalhistas, como forma de implementar a atividade econômica, a Comunidade Européia se formou com base no compromisso de evitar o “dumping” social, tendo grande relevo as diversas regras e diretrizes criadas pelo Conselho da Europa. São tantas as regras a este respeito, ademais, que se pode, validamente, falar na existência de um verdadeiro direito do trabalho europeu, cuja base primordial é a regulação estatal, no caso, supra-estatal. Há regras, ou diretrizes, sobre os mais variados temas. Vejam-se alguns exemplos: Diretriz n. 91/533, de 14/10/91, relativa à obrigação do empregador de informar o empregado as condições aplicáveis ao seu contrato de trabalho; Diretriz n. 1999/70, de 28/06/99, a respeito do contrato de trabalho a tempo determinado; Recomendação de 27/05/98, propondo a ratificação da Convenção 177, da OIT, a respeito do trabalho a domicílio; Diretriz n. 77/187, propondo a aproximação das legislações internas no que diz respeito à manutenção dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas; Diretriz 98/59 relativa à aproximação das legislações dos diversos países no que tange às dispensas coletivas. Há, ainda, dispositivos vários referentes a: emprego ilegal; trabalho a tempo parcial; redução do tempo de trabalho; igualdade de tratamento entre homens e mulheres; assédio sexual; igualdade de oportunidades para deficientes; proteção do trabalho para jovens; higiene e segurança do trabalho; riscos à saúde do trabalhador; representação dos trabalhadores na empresa; participação dos trabalhadores nos resultados; e proteção dos direitos dos trabalhadores nos casos de falência do empregador.

e) Natureza jurídica.

Outro aspecto importante, para a reafirmação do direito do trabalho como instrumento de realização de justiça social, é o da localização do direito do trabalho como ramo do direito público e não privado.

⁵⁴ Vide, a este respeito, Yves Dezalay et Brayn Garth, « Droits de l’homme et philanthropie hégémonique », in Actes de la Recherche en Sciences Sociales, 121-122, mars, 1998, p. 33.

⁵⁵. Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 17.

Em que pese a manifestação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “no sentido de que atualmente a confusa e sem nitidez da distinção entre esfera pública e privada ‘faz da separação entre direito público e privado uma tarefa difícil de se realizar’, fazendo surgir ‘campos jurídicos intermediários, nem públicos nem privados, como o direito do trabalho’⁵⁶” e também a “maciça opinião dos doutrinadores nacionais, de que o direito do trabalho situa-se na esfera do direito privado⁵⁷, para a construção de uma teoria geral do direito do trabalho, como instrumento de justiça social, é essencial que se integre o direito do trabalho ao âmbito do direito público para que se concretize a função libertária e emancipatória do direito do trabalho com relação à classe trabalhadora”⁵⁸.

Como sustentamos alhures:

“Essa emancipação não se busca para satisfação de interesses localizados dessa classe, mas do ideal de justiça social, que interessa a toda sociedade.

Além disso, o ato de possibilitar a participação política dessa classe é fator essencial da construção democrática.

A regulação, portanto, das relações de trabalho interessa a toda a sociedade, sendo, portanto, um assunto de ordem pública. Pelo direito do trabalho, como se viu, defende-se um interesse público.

Não importam, propriamente, os meios de positivação do direito - estatal ou negocial - ou a forma de vinculação - voluntária, individual, entre pessoas e não entre indivíduo e Estado -, importa, isto sim, a estruturação jurídico-científica que se faz em torno dessas normas e vinculações. Essa estruturação, como visto, é que constitui o direito e se seu objetivo é proporcionar emancipação política de uma classe, evidente que o âmbito de atuação desse direito é a esfera pública.

A estrutura que se faça, para compor o direito do trabalho, portanto, só tem sentido na medida em que for eficiente para possibilitar o alcance desse objetivo e não simplesmente voltada para a sua coerência interna e os interesses privados de trabalhadores e empregadores, individualmente considerados.”⁵⁹

3. Os atores do novo direito do trabalho.

⁵⁶. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo, Atlas, 1994, p. 138.

⁵⁷. Vide, por todos, Amauri Mascaro Nascimento, Curso de direito do trabalho, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 117-9.

⁵⁸. Jorge Luiz Souto Maior, O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo, LTr, 2000, p. 274.

⁵⁹. Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., “O direito do trabalho...”, p. 275.

Há, portanto, um grande instrumento a ser utilizado como forma de incrementar uma luta em prol da preservação da dignidade nas relações de trabalho e mais como forma de incrementar um sistema racional e pacífico de redistribuição de renda neste país.

Mas é preciso, concretamente, que este instrumento, que existe, seja utilizado. Neste âmbito da investigação, cabe indagar: a quem cabe a ação neste sentido?

Esta ação, como se viu, somente pode ser pensada se houver a conscientização de que ela deva ser exercida, acreditando-se que ela possa produzir algum resultado concreto na nossa realidade.

Quem são os atores dessa mudança? Os trabalhadores? Os sindicatos? Parece-me que vincular qualquer mudança na base jurídica do direito do trabalho à reação dos trabalhadores e seus sindicatos equivale a negar qualquer possibilidade concreta de mudança, eis que diante do desemprego, os trabalhadores cada vez mais se organizam para aceitar, coletivamente, as condições de trabalho impostas pelos empregadores, que são fruto do limite econômico e da inevitável globalização⁶⁰.

Existe uma base jurídica criada internacionalmente exatamente para impedir que essa realidade se concretize. Compete, portanto, aos chamados “operadores do direito” fazer atuar a ordem jurídica. Esta responsabilidade é, portanto, de advogados, juízes, membros do Ministério Público, doutrinadores e professores, queiram assumi-la, ou não.

Aos advogados cabe levar ao Judiciário teses jurídicas bem elaboradas. Lembrando-se que a jurisdição, como regra, é inerte, resta aos advogados o importante papel de conduzir o movimento da construção contínua do direito.

⁶⁰. Interessante notar, a este respeito, que diante de uma redução de lucros, as empresas, em razão da fragilidade do atual direito do trabalho, não pensam duas vezes antes de buscar junto aos trabalhadores a redução de seus ganhos, obtendo quase sempre sucesso de forma até tranqüila. Não se faz qualquer pesquisa mais séria para saber qual a origem da redução dos lucros: se provocada pelo acirramento da concorrência, por retração do mercado consumidor, por perda de qualidade, por desatendimento às exigências do mercado consumidor ou coisas do gênero. E pior, não se avalia o quanto a tal redução de custos representaria na salvaguarda dos interesses futuros da empresa.

Participei, recentemente, de uma mesa de negociação, em dissídio coletivo, no qual os trabalhadores deflagraram greve porque a empresa havia, de um dia para o outro, dispensado 1/3 de seus trabalhadores, aumentando em contra-partida a carga de trabalho dos que restaram. Ao perguntar à empresa se havia algum estudo para se saber em quanto a empresa reduziria seu custo com tal medida e o que isto representaria para sua organização futura, ou se houvera feito algum estudo a respeito das causas da sua perda de espaço no mercado consumidor, obtive a resposta de que nenhum estudo havia sido feito neste sentido e que a iniciativa tinha sido tomada por ordens que vieram dos controladores estrangeiros, como resultado da “globalização”.

Aos juízes cabe saber utilizar os instrumentos jurídicos que lhe são postos à disposição (técnicas de interpretação, o controle de constitucionalidade das leis, a força vinculadora dos princípios), para não só aplicar a lei ao caso concreto, mas fazer com que o direito sirva às necessidades sociais, atendendo ao propósito de construir a justiça social.

Como adverte Fábio Konder Comparato:

“O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas de direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.”

Aos membros do Ministério Público, cabe-lhes utilizar, em larga escala, dos procedimentos judiciais e extrajudiciais postos à sua disposição, mais precisamente a ação civil pública e o inquérito civil público, para que a ordem pública e os interesses sociais sejam preservados⁶¹. O descumprimento deliberado do direito do trabalho pode ser considerado uma questão de interesse social, motivando a intervenção do Ministério Público, na medida em que, principalmente no que tange às regras de segurança e medicina do trabalho, esta atitude gera grande custo social, representado pelo acréscimo vertiginoso de doenças no trabalho e acidentes do trabalho, além de poder ser visto como uma forma de se estabelecer uma concorrência desleal entre as empresas, incentivando o “dumping” social numa perspectiva interna.

A intervenção do Ministério Público, ademais, seria muito bem vinda para impedir uma prática que se vem disseminando no país, que é a da dispensa em massa de trabalhadores em greve, para forçá-los a retornar ao trabalho, nas condições impostas pela empresa e também para impor um freio à esdrúxula prática das horas extraordinárias “ordinárias”, isto é, a utilização, como técnica empresarial, das horas extraordinárias de forma comum, pois que isto interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores⁶² e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma

⁶¹. Contando sempre, por óbvio, com a participação do Judiciário, no sentido de não se fincar nas questões processuais que impedem a devida apreciação do mérito das ações civis públicas propostas.

⁶². Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

grande incoerência, no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma comum, da prática do trabalho em horas extras⁶³.

Quanto aos doutrinadores, cabe-lhes reorganizar o direito do trabalho, revitalizando a noção de princípios jurídicos, à luz de todos esses preceitos, sendo importante recordar que o direito é um dado cultural (que se constrói por força da vontade humana, portanto) que transcende a lei, isto é, não se limita ao texto frio da lei.

4. Fazendo atuar o direito social do trabalho.

A consciência social do direito do trabalho não é uma visão que possa se limitar a aspectos teóricos. Por partir de preceitos éticos, o direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja construção se baseia na fúria daqueles que não mais suportam conviver com a injustiça (e com a insegurança urbana que dela decorre), exige, necessariamente, que se atinja à realidade.

O desafio, portanto, é o de transportar estas idéias, que, em verdade, se encontram no ideal de justiça de todo ser humano, do plano teórico para a realidade; o que nem sempre é tarefa fácil, pois como acentua Humberto Theodoro Júnior, "é sem dúvida muito mais cômodo seguir antigos padrões, estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais da doutrina, do que repensar soluções para os quase sempre complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais"⁶⁴.

A aplicação, em concreto, desses postulados pode gerar vários efeitos distintos daqueles que vem sendo produzidos pelo direito do trabalho que foi construído a partir da predominância da consciência econômica.

O efeito mais importante, e urgente, diz respeito à dispensa imotivada de empregados, pois que, em concreto, tal prática representa aumento de desemprego ou aumento da incidência da utilização de contratos precários de trabalho, com redução de empregos plenos.

Sob a perspectiva do direito social do trabalho, é possível considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta acolheu, no inciso I, do seu artigo 7º., a garantia aos

⁶³. Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

⁶⁴. Direito e processo, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 34.

trabalhadores da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. É evidente que a inércia do legislador infraconstitucional não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas.

E, se estes pressupostos jurídicos podem ser adotados no que se refere à dispensa de um trabalhador ele ainda mais se reforça no caso de dispensas coletivas.

O ato perpetrado pela Volkswagen, no dia 09 de novembro passado, por exemplo, dispensando 3000 trabalhadores por uma simples carta de dispensa, constituiu-se um verdadeiro atentado à democracia nacional, e porque não dizer uma afronta à nação brasileira, uma vez que pôs em cheque a própria eficácia das instituições públicas deste país para servir como instrumento de correção das iniciativas privadas que não possuem um mínimo de compromisso com a ordem social.

O Estado brasileiro é um Estado democrático de direito e seu objetivo primordial deve ser a promoção da justiça social e do bem-estar de todos.

A Volkswagen, ao dispensar 3.000 empregados, sem qualquer comprovação de necessidade econômica, sem uma necessária ampla discussão prévia com os seus interlocutores diretos e com as instituições públicas locais e nacionais, demonstrou, flagrantemente, que seu ato não foi mais que o resultado de uma torpe pressão de natureza

econômica, uma represália pelo fato dos empregados não terem aceito as condições de trabalho que lhes pretendia impor.

Quando se age de tal maneira deixa-se, naturalmente, o âmbito do que se poderia considerar o direito potestativo do empregador de cessar as relações de trabalho, para se ingressar no campo do abuso do direito. As dispensas coletivas, perpetradas “ad nutum”, nitidamente, agridem a ordem jurídica e atingem a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores (que se trata de um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, inscrito no artigo 1º de nossa Constituição, vale repetir). Uma tal medida, radical e inflexível, visando, simplesmente, impor aos trabalhadores certas condições de trabalho, além disso, agride o dever de negociar de boa-fé, que é o princípio básico de todo processo de negociação coletiva, conforme, aliás, se pode encontrar, expressamente, nas disposições legais do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, país de onde se inspira toda a sistemática da livre-negociação nos países ocidentais.

Frise-se, ainda, por oportuno, que na França, por exemplo (já que virou costume falar do que acontece em outros países, que alguém chama de países “civilizados” e de “primeiro mundo”, como se fôssemos trogloditas⁶⁵), antes de se concretizar uma dispensa coletiva de trabalhadores a empresa deve formalizar um “Plano Social”, no qual se demonstrem quais as medidas que ela pretende tomar para evitar as dispensas, possibilitando, inclusive, uma reclassificação dos trabalhadores cuja dispensa não se conseguir evitar (art. L. 321-4, al. 8, Code du Travail). A execução deste Plano será seguida também por representantes do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico internacional está repleto de exemplos para se adotar como parâmetro de regulação para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º. da CLT), sem esquecer, é claro, da Convenção 158 da OIT (ratificada pelo Brasil e depois denunciada, mas uma denúncia de duvidosa constitucionalidade, como destaca Arnaldo Süssekind⁶⁶), da Lei n. 9.029/95 e ainda dos artigos 477, 478 e 479 da CLT. Mas, ainda, que se resista à aplicação desses preceitos legais, a construção de uma jurisprudência neste sentido, por óbvio, teria total fundamento nos princípios gerais do direito, especialmente, na noção de abuso do direito e nos dispositivos constitucionais e supranacionais, acima citados.

⁶⁵. Embora sob o prisma da dispensa coletiva isto até pareça correto afirmar.

⁶⁶. Curso de Direito do Trabalho, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 365.

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura”, o que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.

Outro problema sério a ser enfrentado pelo direito do trabalho como instrumento de justiça social é o da doença profissional, sofrida cotidianamente pelos trabalhadores brasileiros sem uma resposta adequada do direito do trabalho da forma como vem sendo aplicado.

Diz o artigo 118, da Lei n. 8.213/91, que será conferida estabilidade no emprego ao empregado acidentado no trabalho, desde o retorno à atividade, com a cessação do recebimento do benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário, até um ano após esta data. Em situações de doença profissional, no entanto, o trabalhador mesmo acometido de algum mal pode continuar prestando serviços, até o momento em que, agravando-se o seu estado de saúde, o empregador o dispensa. Este trabalhador acaba, concretamente, não obtendo o benefício previdenciário, mas isto não o pode impedir de adquirir o direito à estabilidade, uma vez comprovado em juízo o nexos causal entre a sua doença e o trabalho exercido. A reintegração ao emprego, decorrente da aplicação deste direito se impõe e não meramente a condenação em indenização compensatória, equivalente ao valor dos salários de 12 (doze) meses. Em primeiro lugar, porque o direito previsto no artigo 118 da Lei n. 8.213/91 não é, propriamente, uma garantia de salários, mas uma garantia de emprego, o que torna nulo o ato da dispensa. Em segundo lugar, porque os efeitos da doença do trabalho e da doença profissional na saúde do trabalhador podem se alastrar por tempo superior a 12 (doze) meses e, desse modo, uma tal indenização não representaria a reparação do efetivo prejuízo suportado pelo trabalhador, que no período da perda da capacidade laborativa, certamente, não conseguirá novo emprego.

Pode ocorrer, até, que a redução da capacidade laborativa seja irreversível e isto representa uma diminuição sensível da possibilidade de se adquirir novo emprego, sem que tal circunstância confira a tal pessoa o direito a uma prestação

previdenciária, notadamente, uma aposentadoria por invalidez, já que para tanto requer-se uma perda total da capacidade de trabalhar, nos termos do art. 42, da Lei n. 8.213/91.

Lembre-se, ainda, que esta pessoa, desempregada, que não recebe benefício previdenciário e que não tem muita perspectiva de novo emprego, no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses⁶⁷, contados da data da cessação do vínculo empregatício, perde a sua condição de segurado da previdência social, nos termos do § 2º, do art. 13, do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamenta as leis previdenciárias.

E acrescente-se, com especial relevo, que o artigo 118, da Lei n. 8.213/91, menciona que o prazo de manutenção do contrato de trabalho do acidentado será de, **no mínimo**, 12 (doze) meses, exatamente para dar efetiva guarida aos casos de doença profissional e doença do trabalho, para que, em suma, a estabilidade dure enquanto perdurar a perda da capacidade laborativa.

Este entendimento ainda mais se justifica quando se lembra que nos termos da mesma Lei n. 8.213/91, as empresas devem reservar aos deficientes, após reabilitação, um percentual de suas vagas que varia de 2 a 5%: a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregados; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

Destaque-se que esta estabilidade do trabalhador acidentado é devida tanto nos contratos a prazo indeterminado quanto nos contratos a prazo, como definem as seguintes Ementas⁶⁸: “Estabilidade acidentária. Contrato de trabalho temporário. O art. 118 da L. 8.213/91 é norma de natureza nitidamente social, tendo como finalidade garantir ao trabalhador que, após ter-se acidentado ou contraído doença ocupacional, não venha a ser brindado com a porta da rua. Assim, como norma de natureza social, de cunho imperativo, o referido artigo deve ser aplicado a todos os contratos de emprego existentes, não sendo o contrato de trabalho temporário uma exceção. Mantém-se a sentença de origem que reconheceu a estabilidade.” (Revista labor et Justitia, vol. 1, jul./dez. 97, p. 237/238); “Contrato de experiência. Acidente de trabalho. Garantia de emprego. A atividade econômica do empregador gera o risco do acidente de trabalho e a responsabilidade objetiva na indenização do acidentado. Em razão do trauma físico e

⁶⁷. Isso quando já tenha 120 (cento e vinte) meses de contribuição.

⁶⁸. Vide, neste sentido, também, Denise Maria Schellenberger, “A estabilidade provisória do acidentado no trabalho e os contratos de experiência”, in *Síntese Trabalhista*, n.112, out/98, pp. 19-26.

psíquico do sinistro, o empregado demanda algum tempo para recuperar a normalidade e o seu nível histórico de produtividade. Diante dessas realidades, a norma legal garantiu a manutenção do contrato de trabalho do acidentado por doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, sem distinção quanto à modalidade do ajuste celebrado (art. 118 da Lei n. 8.213/91). Assim, ainda que o acidente ocorra no período de experiência, haverá a garantia de emprego e a conseqüente indeterminação do pacto laboral *ex vi legis* (TRT 3ª R., RO 33.311/94, 2ª T., Rel. Sebastião G. Oliveira, DJMG 06.05.94)”.

A reconstrução do direito social do trabalho implica, ainda, a consideração da inconstitucionalidade de alguns contratos precários, tais como o contrato provisório (por ferir o princípio da isonomia)⁶⁹ e as cooperativas de trabalho (por vislumbrar, de forma genérica, a possibilidade de se utilizar trabalhadores sem as garantias constitucionais de proteção do trabalho humano)⁷⁰. Contratos estes que ao contrário de ampliarem o mercado de trabalho acabam reduzindo o número de empregos formais, pois se a efetiva aplicação das normas de proteção ao emprego, as empresas acabam, simplesmente, dispensando os empregados para contratarem os “precários”⁷¹.

No que tange aos contratos de estágio, vislumbra-se a utilização da ação civil pública para limitar a sua utilização a um percentual razoável do número de empregados efetivos da empresa, ainda que a lei assim não o estabeleça, expressamente, pois é claro que esta situação deve ser excepcional no mercado de trabalho.

No que diz respeito à inovação da prescrição do trabalho rural, a obediência ao princípio da condição mais favorável obriga que se aplique a nova prescrição apenas aos novos contratos de trabalho e não àqueles já em curso⁷². A visão de que não se

⁶⁹. Sobre as incompatibilidades da Lei n. 9.601/98 com a Constituição Federal, vide Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2002, pp. 567-9.

⁷⁰. "Cooperativa de trabalho rural, que exista só para o fornecimento de mão-de-obra, sem auxílio mútuo, sem participação na atividade econômica, vai de encontro aos princípios constitucionais da dignidade humana e da valorização social do trabalho (art. 1o., CF)." (TRT 15a. Reg. – 029085-RO-3, Ac. 035570/1997, Seção Especializada, Rel. José Pedro de Camargo R. de Souza).

⁷¹. Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., “O direito do trabalho como instrumento de justiça social”, pp. 322-328.

⁷². Neste sentido a seguinte Ementa: “PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR RURAL. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 28/2000. APLICABILIDADE. Sendo a Emenda Constitucional produto do Poder Constituinte Derivado, subordina-se aos preceitos e regras estatuídos pelo Poder Constituinte Originário, contra o qual não pode atentar, sob pena de ser qualificada como inconstitucional. Nesse sentido, uma Emenda deve respeitar o direito adquirido, fixado na Carta Constitucional como garantia fundamental. Por tais motivos, a alteração do critério de fluência do prazo prescricional para o trabalhador rural não pode atingir os contratos extintos ou em vigor quando da vigência da norma, por ofender esse preceito da Constituição e ainda o princípio peculiar do Direito do Trabalho que dele deriva, que é o princípio da condição mais benéfica, segundo o qual a situação estabelecida pela norma

pode falar em direito adquirido diante da Constituição, gerando que a nova previsão da EC n. 28 se aplica aos contratos em curso, não se encaixa bem ao caso em questão, visto que o princípio da condição mais favorável, como efeito do princípio da proteção do trabalhador, é abarcado constitucionalmente pelo artigo 1º, inciso III, que trata da proteção da dignidade da pessoa humana, que, como visto acima, possui força decisiva para a vida concreta dos direitos. Neste sentido, se o trabalhador rural continua subordinado ao empregador e dependente, economicamente, do emprego, não é crível, factualmente, que ele mova uma reclamação trabalhista, para evitar que o lapso prescricional o atinja daqui a cinco anos. Aliás, não é mesmo crível que o trabalhador rural tenha sequer a consciência de que tal discussão está sendo travada no mundo jurídico e que deve, portanto, agir no prazo em questão. Um tal entendimento não produz justiça porque provoca a corrosão de direitos que já se incorporaram ao patrimônio do trabalhador, sem que ele tenha, verdadeiramente, condições de evitar tal dano, a não ser rifando o seu próprio emprego. Isto quando não se entenda, de forma mais injusta ainda, que a prescrição quinquenal já atingiu, irremediavelmente, as verbas constituídas há mais de cinco anos da entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, excepcionando apenas as relações de trabalho rural que estejam sendo discutidas em processos trabalhistas em curso.

O banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento da hora extra), se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores. É evidente que o propósito da lei, de preservar os empregos em épocas sazonais, só poderia se concretizar com a fixação da regra de que primeiro se concedessem as folgas, para que depois estas se compensassem com horas extras, preservando-se sempre a diferença quantitativa entre a hora normal e a hora extra⁷³.

A terceirização (que não possui base legal de existência no mundo do trabalho) não pode se constituir como mera técnica de evitar a formação de vínculo empregatício com as empresas tomadoras de serviço, sob pena de se revitalizar o mercado humano. Diante dos princípios do direito do trabalho somente se poderia considerar válida uma terceirização, sem formação de vínculo de emprego entre os trabalhadores e a empresa

anterior não pode ser modificada por uma norma posterior em prejuízo do trabalhador.” (TRT 15ª. Reg. – 3ª. T. ROS 017542-2002 – AC. 09192-2002, Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias, DJ 18.3.2002).

⁷³. Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., “O direito do trabalho como instrumento de justiça social”, pp. 329-330

tomadora dos serviços, nas situações excepcionais em que uma empresa especializada em determinada atividade prestasse esses serviços a uma outra empresa, durante um tempo limitado, para atender a uma situação excepcional no desenvolvimento empresarial desta última, mantendo-se, no entanto, a responsabilidade do tomador dos serviços, com base na culpa objetiva “in eligendo”, pois, de todo modo, este se beneficiou dos serviços dos trabalhadores.

A avaliação cotidiana de feitos trabalhistas permite verificar o quanto a terceirização tem provocado efeitos perversos nas relações de emprego, no que se refere à aquisição de direitos (normas coletivas e sucessão de contratos entre empresas prestadoras, sem manutenção das garantias do contrato anterior), ao adimplemento dos direitos reconhecidos (em face das sucessivas falências ou mero desaparecimento das empresas prestadoras⁷⁴) e à proteção da saúde do trabalhador (uma vez que a empresa prestadora, considerada empregadora, não tem ingerência sobre a tomadora quanto ao ambiente do trabalho).

Mas, ainda que esta idéia não prevaleça e a terceirização se concretize nos moldes preconizados no En. 331, do TST, há que se reconhecer a responsabilidade solidária entre prestador e tomador dos serviços, no que tange aos créditos trabalhistas dos empregados que exerçam seu mister com base em uma tal vinculação jurídica, isto porque quando a sentença reconhece a responsabilidade do tomador dos serviços, a sua responsabilidade, é por toda a dívida declarada e não por parte dela, hipótese que reflete o instituto jurídico da solidariedade: pluralidade de devedores, dos quais o credor pode exigir, indistintamente, a totalidade da dívida⁷⁵. Esta solidariedade não decorre de expressa previsão legal ou de norma contratual, mas do princípio jurídico de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, assim como da culpa “in eligendo”, configurando-se, pois, como uma solidariedade jurisprudencial, mencionada, expressamente, em outros ordenamentos jurídicos, como relata Caio Mário da Silva

⁷⁴. A responsabilidade “subsidiária” da empresa tomadora, fixada no En. 331, do TST, ameniza, é verdade, este problema, mas, de todo modo, não o elimina, pois, em concreto faz com que primeiro se esgotem as tentativas de execução do crédito junto à empresa prestadora, para somente em seguida atingirem-se os bens da tomadora, o que, certamente, implica em sensível atraso da efetivação do direito declarado.

⁷⁵. Não seria divisível a obrigação porque nas prestações divisíveis, ocorrendo insolvência de um dos co-devedores o credor perde a cota-parte do insolvente (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 72), e isso, notoriamente, não ocorre nas dívidas trabalhistas. Lembre-se, ademais, que a indivisibilidade não é material, mas jurídica. “Às vezes importa, e outras não importa que o objeto possa fracionar-se.” (Caio Mário, p. 67)

Pereira⁷⁶. Uma solidariedade sem benefícios de ordem, visto que "é da essência da solidariedade que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem"⁷⁷. E, ainda, que se decida manter o benefício de ordem, este para ser exercido requer a indicação, por parte do beneficiário, de bens livres e desembaraçados do devedor principal, sítios no mesmo município, suficientes para suportar a execução, nos termos do art. 1491, do Código Civil⁷⁸.

Merece reavaliação, ainda, as terceirizações que se fazem fora do local de trabalho, isto é, as atividades empresariais que se organizam "em redes", como forma de pulverizar a força de trabalho, para fins de evitar a inserção do direito do trabalho, tradicionalmente concebido para um modelo de produção estável e previsível, desenvolvido em locais determinados. Para fins de instrumentalizar o direito do trabalho neste novo contexto empresarial, mantendo-se a sua eficácia protetiva, é preciso considerar a possibilidade de configuração do grupo de empresas também por coordenação, em linha horizontal, ou, ao menos, o reconhecimento do controle (que é dado identificador do grupo econômico nos moldes tradicionais), por elementos indiretos⁷⁹.

No que se refere às normas tendentes à proteção da saúde do trabalhador, há de considerar que o adicional de insalubridade deve ter por base de cálculo o valor do salário efetivamente pago ao empregado⁸⁰. Primeiro, porque a Constituição Federal vedou a vinculação do salário mínimo a qualquer fim; segundo, porque garantiu o

⁷⁶. "Alguns sistemas, notadamente o francês e o belga, admitem uma extensão da solidariedade afora os casos legalmente previstos, a qual recebeu a denominação anfibológica de *solidariedade jurisprudencial* ou *costumeira*." (Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 77).

⁷⁷. Ibidem, p. 463.

⁷⁸. Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., "O direito do trabalho como instrumento de justiça social", pp. 319-322.

⁷⁹. Vide, neste sentido, a seguinte Ementa: "FRANQUIA COM EXCLUSIVIDADE PARA FABRICAÇÃO E USO DE MARCA. EFEITOS. A atividade econômica em função do capital expandiu-se e adotou novas roupagens e modalidades desconhecidas quando foram redigidas as normas trabalhistas. A franquia de uso de fabricação e de marca, ainda mais quando traz o rótulo de exclusividade (destacada no parágrafo único da cláusula primeira do contrato de cessão de direitos e obrigações, fls. 114), com desativação da franqueadora que dispensa seus empregados e deixa de satisfazer as reparações devidas, importa na responsabilidade solidária da franqueadora." (Proc. 20000328833, TRT 2ª. Reg., 8ª. T., Ac. 20010179890, Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca).

⁸⁰. Neste sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira: "Entendemos, porém, que o cálculo correto desse adicional deve considerar o salário contratual e não o salário mínimo, em razão do que estabelece o art. 7o., XXIII, da Constituição da República: 'adicional de remuneração'. Pode-se argumentar, é certo, que o dispositivo remete o assunto para a regulamentação por lei ordinária e, nessa hipótese, prevaleceria, pelo princípio da recepção, a base de cálculo fixada no art. 192 da CLT. Todavia, não se pode ignorar o vocábulo 'remuneração' constante da Carta Política, cuja acepção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção, sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica." (Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador, LTr, São Paulo, 1998, pp. 280-1)

direito à proteção do trabalhador contra os riscos à sua saúde na prestação de seus serviços; e terceiro, porque, ao prever o direito ao adicional de insalubridade, mencionou, expressamente, a “adicional de remuneração”, indistintamente, para as atividades insalubres ou perigosas⁸¹.

Ainda, nesta linha de preocupação com a saúde do trabalhador, os adicionais de insalubridade e periculosidade devem ser acumulados⁸² quando presentes, na mesma relação jurídica, os elementos da configuração de ambos os direitos, pois a lei não proíbe expressamente esta acumulação e também porque assim estabelece o art. 11, alínea *b*, da Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil (com vigência interna desde setembro de 1994): "...deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

No que diz respeito aos efeitos do contrato de trabalho formado com ente público, sem prévia aprovação em concurso público, há de se reconhecer que a formação do vínculo de emprego, nos moldes da CLT, não depende de requisito específico, pois que se trata de um contrato consensual, não-solene. Havendo prestação de serviços, por uma pessoa física, de forma não eventual, remunerada e subordinada, gera-se, de forma incontinente, a relação de emprego, conforme fixado nos artigos 2º. e 3º., da CLT. Não há

⁸¹. Neste sentido, destacam-se as seguintes Ementas:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Incidência sobre a remuneração. O adicional de insalubridade incide sobre a totalidade da remuneração. Inteligência do artigo 7º, XIII, da CF. A utilização do salário mínimo como base de cálculo encontra-se vedada pela CF. Portanto, seja pela via da interpretação literal, seja pela lógico-sistemática, não há como se negar a apuração da insalubridade sobre a remuneração. (TRT 17ª Região – RO 01.348/99 – Rel. Juiz Cláudio Armando Couce de Menezes – DJTES 05.05.2000)”

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – ART. 192 DA CLT. ART. 7º, IV, CF – A parte *in fine* do artigo 192 da CLT não foi recepcionada pela Constituição de 1988 que proíbe a utilização do salário mínimo como parâmetro indexador (Proc. STF-RE-236396-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). O adicional deve ser calculado sobre o salário do trabalhador nos moldes do art. 193, § 1º, parte *in fine*. (TRT. 2ª. R. – RO. 0298023950 5ª. T. – Ac. 029902852 – Rel. Juiz Francisco Antônio de Oliveira – DOE 07.05.99, P. 185)

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOBRE REMUNERAÇÃO. Ao usar, no art. 7º., item XXIII, o termo remuneração em vez de salário para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições penosas, insalubres e perigosas, o legislador constituinte teve clara intenção e aumentar a base sobre a qual incide o trabalho realizado em condições adversas, revogando assim o art. 192 da CLT. Esta interpretação está autorizada, não só pela clara distinção entre remuneração e salário, assentada pelo próprio legislador consolidado no art. 457, como também pelo espírito do legislador constituinte ao prometer, no item XXII do art. 7º, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Qualquer outra interpretação colocaria a Constituição em contradição consigo própria pois, enquanto promete a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, facilita sua prestação, permitindo que o empregador pague menos pelo trabalho exercido em condições desfavoráveis. Jamais se preservará o trabalho, valor repetidamente estimado pela Constituição Brasileira (art. 1º, item IV, arts. 170 e 193) sem se preservar o trabalhador que é a fonte única dos bens e serviços de que carece toda e qualquer coletividade organizada (TRT 3ª R., 3ª T., RO n. 2054/96, Rel. Antônio Álvares da Silva – DJMG 02.04.96 pág. 25)”

⁸². Neste sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 285.

qualquer dispositivo que atribua uma prerrogativa ao ente público de eximir-se da caracterização do vínculo de emprego quando se beneficie de trabalho humano nestas condições. O requisito do concurso público, exigido constitucionalmente, é óbice para a formação do vínculo de natureza administrativa, do qual decorrem alguns direitos e deveres específicos do servidor público. Em decorrência disto, ao trabalhador, contratado por ente público sem prévia aprovação em concurso público, não é dado pleitear direitos pertinentes ao vínculo administrativo, mas os da legislação trabalhista, previstos como garantia constitucional de todos os trabalhadores, indistintamente, não lhes podem ser furtados⁸³.

A respeito das horas de trabalho, qualquer proposta de redução de jornada de trabalho, para fins de ampliação do mercado de trabalho, deve ser acompanhada de um razoável controle da carga de trabalho, para que a redução de jornada gere, efetivamente, a contratação de outros trabalhadores e para que não se constitua apenas em técnica de redução de custos do trabalho e aumento da tensão no trabalho⁸⁴.

É preciso, “de lege ferenda”, urgentemente, pensar na implementação de um sistema de co-gestão dos trabalhadores na empresa, até para que se torne, finalmente, concreta a idéia de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e também para que a negociação coletiva possa se inserir em um ambiente verdadeiramente democrático e que preserve a necessária boa-fé que deve existir entre partes que elaboram um negócio jurídico.

É preciso, ainda, enfrentar o desafio, proposto por Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud⁸⁵, de encontrar o campo de aplicação do direito do trabalho nas novas formas de organização do trabalho, tais como o trabalho independente (onde a doutrina italiana destaca o fenômeno da para-subordinação, com base no art. 403 n. 3, CPC), o tele-trabalho (ou trabalho à distância), o “franchising” etc. É equivocado, “data venia”, imaginar que o direito do trabalho, não se amoldando às novas formas de

⁸³. “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Contratação sem concurso. Convalidação do ato praticado. ‘Os princípios que regem a administração pública não lhe permitem invocar sua própria torpeza, quando por ela mesma descumpridos. A nulidade do ato exige que as partes sejam restituídas ao estado anterior, pena de caracterização do enriquecimento ilícito (CC. Art. 158), mas o dano causado deve ser reparado, mediante indenização capaz de somar os direitos trabalhistas sonegados.’ (TRT 2^a. R. – 02980520351 – 20000268776 – 8^a. T. – Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca – DOESP 04.07.2000)

⁸⁴. Exemplo desta regulação é a lei francesa que, recentemente, reduziu a jornada semanal para 35 horas.

⁸⁵. « Imaginer un Droit de la ‘dépendance dans l’indépendance’, dont un embryon existe dans le régime de la sous-traitance, de la franchise de l’intégration en agriculture constitue un défi que le juriste doit relever, on en retrouve aussi une trace dans le cas de la collaboration, mentionnée par la loi sur les professions judiciaires. Plus généralement, on pourrait mettre en évidence, enfoui dans les textes, en droit commun de l’activité professionnelle, qui englobe notamment la protection sociale, la santé au travail, le droit syndical et le droit de la formation professionnelle. » (Droit du travail, Dalloz, Paris, 2000, p. 164)

organização do trabalho, porque criado com base no modelo “fordista” de produção, está em uma irremediável crise. Ora, os fundamentos e funções do direito do trabalho (especialmente: impedir a exploração do trabalho humano como fonte de riqueza dos detentores do capital; manter a ética e a dignidade nas relações de trabalho; melhoras as condições de vida do trabalhador; distribuir a riqueza) têm razão de ser em qualquer modo de produção (“fordista”, “taylorista”, “toyotista” etc). Assim, o obstáculo para a aplicação do direito do trabalho nestas novas formas de exploração do trabalho humano somente subsiste quando, com o propósito de legitimá-las, abandonam-se os postulados essenciais do direito do trabalho. As novas formas de produção talvez não tenham sido pensadas para evitar a aplicação do direito do trabalho, mas, querendo, ou não, o fato é que este efeito não pode ser produzido, sob pena de se negar toda a evolução da história social da sociedade moderna, jogando-se no lixo as garantias internacionais de preservação da dignidade humana.

É por isso que, diante da internacionalização das formas de produção, vislumbra-se, na mesma proporção, uma internacionalização mais intensa e precisa do direito do trabalho, com incentivo à sindicalização internacional e busca de uma normatização internacional de princípios éticos e sociais no trabalho. Vide, a propósito, o direito europeu do trabalho (acima citado) e a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, adotada pela OIT, em novembro de 1977 e emendada em novembro de 2000, efetivando-se uma « mondialisation de la démocratie et de l’Etat de Droit »⁸⁶.

A respeito das comissões de conciliação prévia, entende-se que, dentro do contexto do princípio do acesso à ordem jurídica justa, a implementação de meios alternativos de solução de conflitos deve ser um complemento da via judicial e não um obstáculo ao processo, como tática de solução dos problemas estruturais da Justiça. Assim, não se pode considerar a passagem pelas comissões como condição para o ingresso na Justiça do Trabalho⁸⁷.

Seguindo, ainda, postulados jurídicos, extraídos da teoria geral do direito, os acordos feitos nas comissões de conciliação somente podem representar

⁸⁶ . Jacques Chevallier, La mondialisation de l’Etat de droit , *apud* Antoine Jeammaud, « La Mondialisation, épreuve pour le droit du travail » .p. 2.

⁸⁷ . Neste sentido, Cláudio Armando Couce de Menezes, Direito Processual do Trabalho, vol. 2, LTr, São Paulo, 2002, p. 131, e Jorge Pinheiro Castelo, Comissão de conciliação prévia – filosofia, ideologia e interesses em situações específicas – limitações, exceções, alternativas”, *in* Revista LTr, n. 64, abr/2000, p. 448)

eliminação do conflito quando refletirem autêntica transação (eliminação de um conflito quanto a um direito incerto), sem presença de vício, e não se referirem a questões de ordem pública.

A distribuição do ônus da prova, no processo do trabalho, deve levar em consideração a aptidão para a produção da prova, provocando a sua inversão, para o empregador, quando verossímeis os fatos narrados pelo trabalhador⁸⁸. Lembre-se que a intensa dificuldade do empregado em produzir a prova dos fatos constitutivos de seus direitos (fatos estes que se acumulam ao longo de meses, ou anos) acaba atingido a própria efetividade do processo, provocando resultados injustos⁸⁹, tanto nas sentenças quanto nos acordos⁹⁰.

A tutela antecipada deve se conceder no processo do trabalho sem o pudor excessivo que às vezes se verifica entre os juízes do trabalho, com apoio no requisito negativo, previsto em lei, da irreversibilidade dos efeitos antecipatórios⁹¹. Uma tal restrição que não se justifica em absoluto, principalmente diante de reais situações de urgência como a representada pelo teratológico fato que, infelizmente, ainda habita de forma ordinária as Varas do Trabalho, qual seja, o das reclamações trabalhistas em que ex-empregados, dispensados sem qualquer motivação, pleiteiam as incontroversas verbas rescisórias que não lhe foram pagas quando da cessação do vínculo empregatício⁹².

As homologações de acordos na Justiça do Trabalho também sofrem grande efeito do direito social do trabalho. Dentro dessa visão apenas possuem validade jurídica os acordos que refletem efetiva transação e não mera renúncia a um

⁸⁸. “Para alguns processualistas a inversão do ônus da prova permite que se alcance a justa e não a mera composição de conflitos, porém a intervenção estatal já pressupõe a idéia de justiça, seja qual for o critério do direito positivo sobre a distribuição do ônus da prova. Partindo-se da premissa de que o juiz pode ordenar a inversão do ônus da prova, o que será uma faculdade sua, deve comunicar sua determinação aos litigantes, assim não sofrendo eles efeitos de uma surpresa indesejável.” (Christóvão Piragibe Tostes Malta, Prática do Processo Trabalhista, 31ª edição, LTr, São Paulo, 2002, p. 463)

⁸⁹. Interessante, a propósito, verificar a seguinte passagem da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939: “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.”

⁹⁰. Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, Temas de Processo do Trabalho, LTr, São Paulo, 2000, pp. 77-94.

⁹¹. A respeito da possibilidade de concessão de tutelas antecipatórias que apresentem risco de irreversibilidade de seus efeitos vide, Estêvão Mallet, Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho, LTr, São Paulo, 1998, p. 103.

⁹². Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, Temas de Processo do Trabalho, LTr, São Paulo, 2000, pp. 49-76.

direito trabalhista, ainda mais em se tratando de algum direito de ordem pública. Assim, a também teratológica “quitação do extinto contrato de trabalho” se baniria do repertório trabalhista⁹³.

E, para que o direito trabalhista declarado em um título executivo seja, efetivamente, cumprido, é preciso estabelecer, como pressuposto teórico, que o propósito da execução trabalhista é tornar concreta a declaração contida no título considerado, satisfazendo o interesse do credor, e, desse modo, a execução se deve exercer mesmo em prejuízo do devedor, sem que isso represente conferir ao credor mais do que aquilo que ele tenha o direito de receber. O que não se pode conceber é que a execução, assombrada pela regra de que se proceda pelo modo menos oneroso para o devedor, acabe se tornando um verdadeiro suplício para o credor. A excessiva preocupação em preservar o patrimônio do devedor, que muitas vezes está camuflado por negócios jurídicos fraudulentos, acaba tornando ineficaz a tutela jurisdicional e representa um incentivo para que o direito material não seja respeitado, espontaneamente, elevando o número de conflitos. Como efeito desse pensamento, é preciso afastar os empecilhos que se criam na órbita jurídica para a efetivação de penhora de dinheiro⁹⁴ ou do faturamento da empresa,

⁹³. “Homologação judicial recusada. Não há como homologar judicialmente acordo celebrado entre as partes, ante o desrespeito a certos deveres de caráter eminentemente ético do processo, que são os de lealdade e boa-fé, pois não se pode conceder que a justiça obreira possa ser utilizada por uma das partes com a finalidade de prejudicar o adversário mediante atitudes simuladas ou mal intencionadas. Pela norma contida no artigo 129 do Código Buzaid, o magistrado pode obstar os objetivos das partes quando restar convencido, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei. (TRT 12ª R. – 2ª T. – Ac. n. 812/96 – Relª. Juíza Alveny de A. Bittencourt – DJSC 14.03.96 – Pág. 85)”.

⁹⁴. A respeito, vide, Manoel Carlos Toledo Filho, “Penhora em dinheiro – art. 620 do CPC – mandado de segurança”, in Revista Síntese n. 131, maio/2000, pp. 5-7 e as Ementas a seguir transcritas:

“Penhora de numerário em conta corrente – Não implicação de gravame ao devedor – Validade. A penhora deve garantir uma execução rápida, para satisfação do credor e, em conseqüência, contribuir para a paz social e cumprimento das decisões judiciais. Por outro lado, é bem verdade que a execução deve evitar gravame desnecessário ao devedor, atentando para os princípios que regem o processo executivo, em especial, o da utilidade para o credor e o da não-prejudicialidade ao devedor. Assim, não atendida a ordem prevista no art. 655, do CPC, e não se demonstrando qualquer gravame ao devedor, lícita a penhora em numerário existente na conta-corrente (TRT 15ª R – 5ª T. – Ac. N. 16532/99 – Rel. Luís Carlos Cândido M. S. da Silva – DJSP 15.06.99 – pág. 115)”.

“Execução – Penhora – Banco devedor – Dinheiro em caixa – Viabilidade. A jurisprudência firmou-se no sentido de que a penhora em dinheiro, em conta bancária, não ofende o artigo 620, do CPC, por isso, não caracteriza exacerbação do juiz da execução. Sendo devedor o banco, a penhora é legítima quando não recair sobre “reservas bancárias do Banco Central”, só estas, por lei, são impenhoráveis (art. 68 da Lei n. 9.069/95). É que os valores depositados na conta Reservas Bancárias do Banco Central do Brasil não se confundem com o numerário que se encontra depositado em agências bancárias: este pode ser penhorado (conforme Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor – Theotônio Negrão 30ª edição, nota 5 ao art. 469). O dinheiro depositado em estabelecimento bancário, por clientes, passa a ser propriedade do banco, ficando o depositante tão somente com o direito de crédito contra o depositário. A natureza do depósito bancário é de contrato de “depósito irregular” que se equipara ao mútuo (vide Resp. n. 98.623/MG; DJ 06.10.97, rel.

para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (com fundamento nos artigos 16, 17 e 18 da Lei n. 8.884/94 e artigo 28, e seus parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor)⁹⁵, a fim de se atingirem os bens dos sócios (aparentes e reais) e para se nomear, por ato de império, o proprietário do bem ou do representante legal da empresa, como depositário dos bens penhorados, tendo esta nomeação⁹⁶ efetividade quanto à

Ministro Sálvio de Figueiredo). Daí, ser passível de penhora. Agravo de petição a que se nega provimento. (TRT 15ª R. – 2ª T. – Ac. n. 22332/99 – Rel. José Antônio Pancotti – DJSP 02.08.99 – pág. 167)”.

“A constrição de crédito é conveniente para a efetivação da execução e equivale a uma penhora sobre dinheiro porquanto a própria empresa devedora da executada depositará o valor correspondente em espécie, ou seja, em moeda corrente nacional, no Banco do Brasil, à disposição do Juízo, valendo ressaltar que a penhora em dinheiro é a primeira daquelas previstas na gradação contida no artigo 655 do Código de Processo Civil; neste contexto, não há que se falar, à evidência, em qualquer afronta a direito líquida e certo da impetrante.” (TRT 2ª. Reg. RO. SDI-02208/98.3 Ac. 99012120, Rel. Juíza Vânia Paranhos – DOE/SP 13.8.99, pág. 212)

⁹⁵. Neste sentido, destacam-se, igualmente, as seguintes Ementas:

“Execução – Responsabilidade do sócio. No âmbito do direito do trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1º do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. Desconsidera-se, no caso, a personalidade jurídica da sociedade (*disregard of legal entity*) para responsabilizar diretamente o sócio pela lesão de direito para a qual contribuiu e da qual se locupletou. Inidônea economicamente a empresa, devem os sócios ser chamados a responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, considerando que o empregado não corre o risco do empreendimento e deve encontrar no patrimônio dos beneficiários diretos de sua prestação de serviços a garantia da satisfação dos direitos inobservados na vigência do contrato. Conforme a lição consagrada de Arion Sayão Romita a *limitação da responsabilidade dos sócios é incompatível com a proteção que o Direito do Trabalho dispensa aos empregados, deve ser abolida nas relações da sociedade com seus empregados de tal forma que os créditos dos trabalhadores encontrem integral satisfação, mediante a execução subsidiária dos bens particulares dos sócios*. Cabe ressaltar que a legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio encontra respaldo nas disposições do art. 10 do Decreto 3708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sempre que constatada a ocorrência de atos praticados com violação da lei ou do contrato, hipótese na qual se insere, indiscutivelmente, a infringência dos preceitos da legislação trabalhista. Neste mesmo sentido, pode ser invocado o disposto no art. 135, do CTN e no art. 4º, da Lei 6830/80 (TRT 2ª R. – RO 02980577850 8ª T. – Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva – DOE 14.09.99 p. 59)”.

“Penhora. Bens particulares dos sócios. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Bens da sociedade insuficientes para garantia da execução. Viabilidade. Não sendo encontrados bens da sociedade por quotas de responsabilidade limitada e à falta da nomeação, pelos sócios, de bens livres e desembaraçados da sociedade, na mesma comarca, que sejam suficientes para pagar o débito, autorizado está o Juízo da execução a determinar a apreensão de bens particulares dos sócios (art. 596, §§ do CPC). Respondem, neste caso, pela execução os bens particulares dos sócios, pois condenação judicial, na reclamação, faz presumir que o sócio praticou atos, em nome da sociedade, em prejuízo de terceiros (art. 10 do Decreto 3.708/91, além de atrair aplicação do art. 316 do Código Comercial). Agravo de petição do embargante de terceiro a que se nega provimento. (TRT 15ª. Reg. RO. 17847/98 2ª. T. Ac. 34646/98 Rel. Juiz José Antônio Pancotti – DOE 28.9.98, p. 151)”

⁹⁶. Vide, a propósito, o novo teor dos § 4º e 5º do art. 659, ditados pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, *in verbis*: “§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no escritório imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e **por este ato constituído depositário.**” (grifou-se)

consideração desta pessoa como depositário infiel se os bens desaparecem ou se deterioram.

5. Conclusão.

Essas, evidentemente, são apenas algumas idéias a permitir a utilização concreta do direito do trabalho como instrumento da construção de justiça social e de preservação da dignidade do trabalhador. Outras poderiam ser lembradas, como, por exemplo, o incremento da utilização do dano pessoal nas relações de trabalho^{97 98} e a proteção da intimidade e da vida privada do empregado⁹⁹. Mesmo as que se apresentaram neste texto poderiam ser examinadas de modo distinto, a partir de uma visão crítica mais apurada.

Não se trata, portanto, do modo “correto” de resolver as tormentosas questões por que passa o direito do trabalho, mas apenas de uma visão possível, que está ligada, no entanto, a uma linha científica definida, qual seja: a identificação do direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja utilização se inspira no inconformismo com a realidade injusta que está sendo formada no mundo do trabalho, com reflexos na sociedade em geral, pela utilização do direito do trabalho à luz de uma consciência meramente econômica.

Este mundo extremamente injusto, e que é ao mesmo tempo assustador, em razão do aumento incontrolado da violência urbana e dos conflitos internacionais, instiga-me uma fúria e espero que também a muitos. Mas, trata-se de uma fúria sadia, que não prega nenhum tipo de intolerância ou mesmo uma luta do bem contra o mal. Uma fúria que, meramente, pretende impulsionar o exercício da democracia, da manifestação livre de idéias, com respeito às idéias contrárias, e que ao mesmo tempo se preocupa em justificar suas ações dentro do contexto de uma ordem jurídica, construída, ou

⁹⁷. Vide, a respeito, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, O dano pessoal no direito do trabalho, Revista da Amatra II, março/2002.

⁹⁸. A respeito do dano moral destaque-se a seguinte Ementa: “DANO MORAL – Publicidade – desnecessariedade. A dor moral não está ligada à ofensa que possa ser pública, diante de outras pessoas, com ofensa à honra do indivíduo, mas é o sentimento de diminuição perante a sociedade que atinge a alma daquele ser, por ter sido acometida de gravame insanável, que deve carregar para sempre. A publicidade de algum fato desonroso é mera agravante para o ferimento íntimo, e não condição essencial para o reconhecimento do sofrimento por que passa o ofendido (TRT 3ª R. – RO 5.386/00 – 1ª T. – Rel. Juiz Bolívar Viegas Peixoto – DJMG 02.06.2001).”

⁹⁹. Sobre o tema, vide, Sandra Lia Simón, A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado, LTr, São Paulo, 2000.

reconstruída, à luz de princípios e coerência lógica, dentro, portanto, de postulados verdadeiramente científicos e não meramente opinativos.

É claro que a intenção maior é a de tornar estas idéias, em idéias dominantes, mas ainda que tal propósito não seja atingido, não perde sentido este esforço, meu e de todos os outros que o encampem, como modo de formação de uma consciência crítica do direito, que permita instrumentalizar uma resistência democrática aos avanços das soluções irrefletidas que se tem pretendido implementar no contexto jurídico trabalhista, buscando tornar concreto o compromisso de lutar pela construção de uma sociedade mais justa e solidária¹⁰⁰.

São Paulo, 07 de junho de 2002.

¹⁰⁰. “...se a sociedade capitalista obedece unicamente ao princípio do individualismo soberano, que é a lei do mais forte, a ‘sociedade universal do gênero humano’, já anunciada pela filosofia estóica há mais de vinte séculos, funda-se em princípio oposto: a comunhão solidária de todos, na construção de um mundo livre, justo e fraterno.” (Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 16)