

FUNÇÃO CAPITALISTA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.¹

Prof. Amauri Cesar Alves

Doutor e Mestre em Direito, PUC.Minas.

Professor da Universidade Federal de Lavras (UFLA) e da Fundação Pedro Leopoldo (FPL).

Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.

www.direitodotrabalhoessencial.com.br

Possível compreender, historicamente, que o Direito do Trabalho no Brasil, embora assuma inegável e relevante papel de efetivação prática do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, desempenha também *função capitalista*. Não seria absurda a afirmação de que o Direito do Trabalho, em sua estrutura básica no país, interessa tanto aos patrões quanto aos empregados, sem preponderância da tutela destes sobre os interesses daqueles. Wilson Ramos Filho compreende a concretização do “bem-estar empresarial” às custas da “precarização das condições de trabalho no Brasil” e revela a existência de uma função econômica do que denomina Direito Capitalista do Trabalho.² Maurício Godinho Delgado, por sua vez, percebe uma função política conservadora do ramo trabalhista especializado.³ Fato é, conforme adiante desenvolvido, que o Direito do Trabalho no Brasil interessa substancialmente ao empregador, o que revela sua função capitalista.

O presente artigo não pretende negar a importância do Direito do Trabalho como instrumento de concretização do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Ao contrário, pretende afirmá-lo, ao lado da função capitalista do ramo jurídico especializado, que garante a preservação dos interesses dos empregadores nesta seara. A análise do tema central inicia pela construção histórica do Direito do Trabalho no Brasil, em apertada síntese que revela um cenário de pouca pressão social e singelos avanços. Segue com a apresentação das funções clássicas do Direito do Trabalho, que também não são negadas em decorrência da percepção de uma função capitalista. Não há contradições ou paradoxos, mas duas faces concorrentes e até mesmo complementares dentro do sistema jurídico trabalhista brasileiro. Por fim, a análise da função capitalista do Direito do Trabalho, com destaque para a manutenção do *status quo* no modelo legislado brasileiro e da figura da “culpabilização do Direito do Trabalho” em face de crises econômicas regionais ou globais, embora tal represente, na prática, mais discurso do que prática. Importante compreender ainda, neste contexto, a ausência de concretização de Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas como manifestação prática cotidiana da função capitalista do Direito do Trabalho, assim como também o é a falência de Direitos Constitucionais expressamente assegurados aos trabalhadores. Por fim, a atuação do Poder Judiciário

¹ ALVES, Amauri Cesar. “Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil”. *Revista LTr.*, ano 77, setembro de 2013. São Paulo: LTr., 2013. As ideias lançadas no presente artigo foram inicialmente apresentadas em palestra no IV Seminário Internacional cujo tema central era “As relações de trabalho no século XXI”, realizado em Belo Horizonte pela FAMIG (Faculdade Minas Gerais).

² RAMOS FILHO, Wilson. “*Direito Capitalista do Trabalho: histórias, mitos e perspectivas no Brasil.*” São Paulo: LTr., 2012.

³ DELGADO, Maurício Godinho. “*Curso de Direito do Trabalho.*” 12. ed. São Paulo: LTr., 2013.

Trabalhista como instrumento de concretização da função capitalista do Direito do Trabalho e a explicitação de vantagens patronais trabalhistas em tal cenário juslaboral.

1. AFIRMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Inicialmente é necessário afirmar expressamente a importância do Direito do Trabalho no Brasil como instrumento inafastável de afirmação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana nas relações entre capital e trabalho. É sempre e cada vez mais essencial a tutela estatal específica no plano das relações empregatícias, vista a permanente hipossuficiência do trabalhador empregado no sistema capitalista. Em relações naturalmente desiguais como é a pactuação empregatícia a atuação do Estado deve se dar no sentido da sua atenuação, sendo papel destacado do Direito do Trabalho possibilitar ao trabalhador relação trabalhista protegida.

O Direito do Trabalho constitui instrumento fundamental de afirmação da dignidade da pessoa humana no sistema capitalista. Uma das funções básicas do Direito do Trabalho é a de propiciar *melhoria das condições de pactuação de força produtiva*, o que é possível através da construção de um *patamar civilizatório mínimo* suficiente a propiciar dignidade ao cidadão trabalhador⁴, conforme análise adiante desenvolvida.

Igualdade, justiça, segurança, equidade, distribuição de renda e respeito ao cidadão são valores caros à ordem constitucional vigente, e podem ser efetivados através do Direito do Trabalho. A intervenção do Estado na relação individual de trabalho através da lei é essencial para conferir ao cidadão trabalhador um conjunto de direitos básicos, abaixo do qual não pode haver, licitamente, contratação de emprego.

Qualquer debate sobre dignidade da pessoa humana no sistema capitalista, em âmbito constitucional ou infraconstitucional, deve, necessariamente, destacar a importância do Direito do Trabalho como instrumento básico de sua afirmação, pois possibilita a necessária correção da desigualdade fática existente entre empregado e empregador no âmbito do ajuste laboral.

A República Brasileira, além de garantir a proteção ao trabalhador através do Direito do Trabalho, com suas regras e princípios próprios e específicos, cuida de erigir a caráter constitucional direitos fundamentais que podem e devem ser aplicados às relações jurídicas de entrega de força produtiva. Assim é que princípios como *dignidade da pessoa humana* (C.R., artigo 1º, inciso III), *valorização social do trabalho* (C.R., artigo 1º, inciso IV), *não-discriminação* (C.R., artigo 5º, caput) e *submissão da propriedade à sua função social* (C.R., artigo 5º, XXIII e artigo 170, III), dentre outros, devem ser entendidos como extremamente relevantes para disciplinar as relações de trabalho no Brasil. A tais direitos fundamentais somam-se os *direitos sociais trabalhistas em sentido estrito* (C.R., artigos

⁴ Conforme lições de Maurício Godinho Delgado.

7º, 8º e 9º), que devem ser entendidos como imediatamente aplicáveis às relações de emprego, posto que pautadas na proteção ao trabalhador.

O Direito do Trabalho, mesmo com as constantes transformações sociais, tecnológicas, políticas e econômicas vivenciadas em todo o mundo capitalista nas últimas décadas, se mostra ainda essencial para a preservação das relações empregatícias em termos civilizados.

Não é correta a afirmação de que o Direito do Trabalho gera um custo excessivo para o Brasil e que seria prejudicial à sua competitividade no mercado mundial, vez que tal sistema jurídico é comum à quase totalidade dos países capitalistas ocidentais. Até mesmo países que são referência liberal, como Estados Unidos e Inglaterra, possuem um sistema jurídico protetivo do trabalhador, ainda que pautado em uma *normatização autônoma e privatística*, em que predomina a regra negociada coletivamente (através dos sindicatos), mas que ainda assim deixa espaço para a legislação trabalhista. O Direito do Trabalho protetivo é regra nos países capitalistas, sejam eles centrais ou periféricos (Alemanha, França, Itália, Espanha, Portugal, Argentina, Uruguai, México, dentre vários outros, inclusive africanos), e não exceção, como querem fazer crer algumas vozes precarizantes.

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL EM SÍNTESE: CENÁRIO DE POUCA PRESSÃO SOCIAL E SINGELOS AVANÇOS.

Historicamente no Brasil o Direito do Trabalho se construiu muito mais através da regra heterônoma estatal, com maior ou menor pressão social, do que autonomamente, por criatividade normativa dos sindicatos. O modelo normativo consagrado no Brasil é do tipo legislado, em que a presença estatal se mostra decisiva.⁵

O primeiro marco que possibilita o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil é a Abolição da Escravidão, em 1888. Antes disso a hegemonia da exploração de trabalho se dava através do exercício do direito de propriedade pelo senhor de escravos. É claro que em tais circunstâncias não havia, de modo economicamente destacado, relação jurídica intersubjetiva de trabalho e, conseqüentemente, direitos trabalhistas que pudessem ser garantidos. Não é correto entretanto afirmar a inexistência de trabalho livre no Brasil anteriormente a 1888, é óbvio. O que não havia até então era sua hegemonia.⁶

⁵ “Na América Latina, às vezes, a heteronomia se antecipou à autonomia coletiva e em quase todos os nossos países é muito maior a presença heterônoma que a autônoma. Contudo, a heteronomia latino-americana é um tanto esquizofrênica. Com efeito, a legislação trabalhista latino-americana é, em grandes linhas, razoavelmente protetora do trabalho individual, ainda que, muitas vezes, a inspeção e a justiça do trabalho são ineficazes para garantir sua plena aplicação. Entretanto, quando essa mesma legislação aborda os temas de Direito coletivo do trabalho, muda de tom e se torna restritiva, limitada e controladora da ação coletiva dos trabalhadores.” URIARTE, Oscar Ermida. “Intervenção e Autonomia no Direito Coletivo do Trabalho”. In NICOLADELI, Sandro Lunard, PASSOS, André Franco de Oliveira, FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *O Direito Coletivo, a Liberdade Sindical e as Normas Internacionais*. São Paulo: LTr., 2013. Vol I, pág. 12.

⁶ “A história da legislação social no Brasil pode ser contada a partir do início da implantação do Estado republicano, em 1889, embora destaque Dario de Bittencourt, que já no Livro IV, títulos XXIV a XXXV, das ‘Ordenações Filipinas’, que tiveram vigência no Brasil a partir de 1595, cogitava-se da ‘situação dos criados, pagamento de seus serviços e soldadas e

Com o fim da escravidão desponta a necessidade de contratação de trabalho livre e subordinado de modo hegemônico, o que possibilitou o desenvolvimento de uma esparsa legislação trabalhista entre 1888 e 1930. A normatização trabalhista incipiente no Brasil de então era marcada pela ideia liberal de contratação de trabalho. Não cabia ao Estado intervir nas relações entre particulares, sendo o contrato civil apto e suficiente a regulamentar as relações entre capital e trabalho, consoante o entendimento da época.

O liberalismo, entretanto, não trouxe respostas satisfatórias à classe trabalhadora, que não se sentia verdadeiramente livre para contratar, vez que premiada pela necessidade, enquanto que os detentores dos meios de produção dispunham de diversos instrumentos para fazer valer sua vontade no momento da pactuação. Tal liberdade de mercado impôs aos trabalhadores pesadas jornadas, a exploração de mulheres e crianças e um ambiente de trabalho opressor e desprotegido.

Muito se discute sobre as pressões sociais que ensejaram na criação da normatização trabalhista protetiva no Brasil. Historiadores e sociólogos discutem sobre o que denominam “mito da outorga”, que concentraria em Getúlio Vargas a vontade da criação da proteção justtrabalhista. Sem aprofundar no mérito da questão é possível compreender que houve, no início do século XX, incipiente organização dos trabalhadores em busca de melhores condições de trabalho. Embora limitadas às cidades⁷, com sua industrialização nascente, o movimento popular dos trabalhadores conseguiu provocar greves e manifestações que exigiam condições dignas de trabalho. Foram criadas associações, sindicatos e confederações com o objetivo de forçar o patrão a contratar trabalho de modo respeitoso.

Neste contexto surgiram as primeiras leis trabalhistas, que não rompiam integralmente com o modelo liberal mas traziam regras mínimas de respeito ao trabalhador, como limite de idade para o trabalho, limite de jornada, aposentadoria, férias, dentre outras.

No período compreendido entre 1930 e 1945 o Brasil experimentou a institucionalização do Direito do Trabalho, com a ruptura do modelo liberal de contratação, o que se deu através de uma profusão legislativa induzida pelo Poder Executivo, que pretendia, aparentemente, criar regras específicas para cada categoria profissional existente. A Revolução de 1930, capitaneada por Getúlio Vargas, é marco decisivo para o desenvolvimento do Direito do Trabalho brasileiro, que mantém desde então sua conformação básica preservada. Não se trata, como cediço, de revolução popular, que é em verdade incomum no Brasil, mas de alternância de poder, que passa das oligarquias rurais,

respectiva prova, despedida do emprego, etc.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Breves Considerações sobre a História do Direito do Trabalho no Brasil”. In CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.) *Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2007. p. 64.

⁷ Neste momento histórico o trabalho rural é hegemônico no Brasil, sendo incipiente a classe operária urbana.

regionalizadas e divididas, para a ascensão de um poder centralizado e populista com pretensões capitalistas com foco na industrialização.⁸

Também é verdade que através da edição da norma heterônoma pretendia o Estado brasileiro restringir a busca autônoma de direitos pelos trabalhadores, que passaram a ser tutelados pelo chefe do Poder Executivo, que *cuidava de a todos prover*. Não obstante tal postura estatal houve, pontualmente, insatisfação e luta operária por uma efetiva participação dos trabalhadores na definição dos rumos da nação. Fato é, também e enfim, que a regulamentação trabalhista do período acabou por restringir a atuação organizada da classe trabalhadora, que como regra geral teve suas lideranças cooptadas pelo sistema sindical corporativista construído ou silenciada pelas forças (violência, repressão) do Estado.

Os trabalhadores, contemplados desde então com regras básicas de proteção ao contrato, passaram a buscar essencialmente a preservação de seus direitos, sem uma clara e organizada movimentação social no sentido do questionamento do sistema capitalista no Brasil.⁹

Em 1943 surge a Consolidação das Leis do Trabalho, que além de reunir toda a vasta regulamentação esparsa existente criou regras e institutos novos, que fixaram um patamar civilizatório mínimo abaixo do qual não pode haver, licitamente, até hoje, contratação de emprego. Quando da Consolidação das Leis do Trabalho o Estado brasileiro definiu a estruturação de direitos trabalhistas para a minoria, ao afastar sua incidência plena aos trabalhadores rurais e aos domésticos. Em 1940 a população rural representava 68,6% dos brasileiros¹⁰, que então ficaram afastados da percepção plena de direitos trabalhistas. Não obstante tenha havido uma escolha pela minoria, a criação de regras trabalhistas trouxe para a classe trabalhadora a ideia de um patamar normativo que deveria ser mantido e que representava, na prática, a mais ampla possibilidade de proteção no âmbito das relações capital-trabalho.¹¹ A expressão autônoma da vontade coletiva obreira foi posta em segundo plano, vez que o Estado trouxe para si o papel de proteção trabalhista que naturalmente poderia caber ao sindicato.

A CLT em 1943 consagrou um texto normativo com problemas técnico-científicos, que apresenta atualmente linguagem defasada e com algumas normas pouco aplicadas, mas que ainda é

⁸ “A reação ocorrida em 30, não se tratou, obviamente, de um movimento que pleiteasse a ascensão ao poder de uma classe popular. Houve, isto sim, uma ligeira alteração dos dominantes do poder. De todo modo, dá-se uma sensível mudança na política nacional, pois embora não tivessem desaparecido as oligarquias e o clientelismo, a nova política, ao contrário da anterior, baseia-se na ideia de centralização do poder, ou seja, na redução dos poderes regionalizados. Além disso, altera-se o foco da economia, que passa a ser direcionada para a industrialização e aumenta-se a força do Exército. Em termos concretos, o Estado getulista acabou por promover o capitalismo no Brasil, impulsionado pelo positivismo, que pode ser resumido como a necessidade de integração da classe proletária à sociedade e um Estado forte que adote o compromisso de tal ação.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Breves Considerações sobre a História do Direito do Trabalho no Brasil”. In CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.) *Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2007. p. 80.

⁹ Ressalvadas honrosas porém pontuais exceções vinculadas aos movimentos comunista e socialista. Destaque também para o *direito de resistência* levado a efeito pela classe trabalhadora brasileira e brilhantemente destacado pelo Prof. Márcio Túlio Viana em seu já clássico livro “Direito de Resistência” (São Paulo: LTr., 1996).

¹⁰ Fonte: IBGE. In LEWIN, Helena, PITANGUY, Jacqueline, ROMANI, Carlos Manuel. *Mão-de-obra no Brasil: um inventário crítico*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 17.

¹¹ À época quem era destinatário da proteção se contentava com o conteúdo fixado e quem não estava incluído buscava sua inserção, o que também (dentre outros fatores) contribuiu para a imobilização da classe trabalhadora no plano da discussão do sistema econômico vigente.

importante instrumento de promoção de justiça social. Sua preservação, ou melhor, a preservação dos direitos trabalhistas consagrados no texto celetista, é ainda hoje responsabilidade inafastável do Estado brasileiro.

A Constituição da República promulgada em 1988 trouxe consideráveis avanços em matéria trabalhista, sobretudo a consagração de princípios aplicáveis à relação de emprego inseridos no Título II, *dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Trouxe também algumas importantes normas e que ainda não foram devidamente implementadas, pois, segundo entendimento majoritário, carecem de regulamentação infraconstitucional (proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, principalmente). Não deixou de trazer, também, resquícios do autoritarismo que marcou o Brasil até 1988, sobretudo em matéria sindical, naquilo que o Prof. Maurício Godinho Delgado denomina “contradição antidemocrática” do texto de 1988.¹²

A década de 1990 infelizmente não propiciou a esperada efetivação dos direitos constitucionais trabalhistas, vez que houve um verdadeiro ataque neoliberal às conquistas consolidadas desde 1943, ao arrepio da Constituição da República em vigor e com o respaldo dos Tribunais Trabalhistas.

Atualmente ainda se discute sobre o melhor modelo de regulamentação trabalhista a ser implementado no Brasil, sendo possível inferir entretanto, com relativa facilidade, que a legislação estatal imperativa ainda é inafastável no contexto socioeconômico vigente, bem como é necessária e urgente a implementação dos Direitos Constitucionais Trabalhistas consagrados (e não somente prometidos ou projetados para o futuro) em 1988.

3. FUNÇÕES (CLÁSSICAS) DO DIREITO DO TRABALHO.

O Direito do Trabalho é, hoje, além de dimensão dos Direitos Humanos¹³, instrumento fundamental de efetivação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (Constituição da República, artigo 1º, inciso III) no plano das relações capital-trabalho, sendo, também, o meio mais eficaz de distribuição de renda no sistema capitalista.

Nesta perspectiva é possível identificar funções que o Direito do Trabalho ainda cumpre e que demonstram a atualidade e a necessidade de preservação deste ramo jurídico especializado. Segadas Vianna, em 1961, já identificava objetivos político-sociais do Direito do Trabalho, cuja essência seria a paz social. Para tanto, reconhecia o citado doutrinador a tutela do trabalho como “um conjunto de normas jurídicas que asseguram ao trabalhador uma posição, frente ao empregador, em que possa defender seus direitos e interesses num mesmo plano, sem complexos ou recalques”¹⁴. No mesmo

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011.

¹³ Neste sentido ver ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr., 2009.

¹⁴ SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. vol I, pág. 102.

sentido leciona hoje Oscar Ermida Uriarte, tratando do cenário justralhista da América Latina e especialmente do Uruguai:

“A finalidade e função do direito laboral é a proteção do trabalhador. (...) É evidente que para proteger a parte frágil dessa relação de poder, que é a de trabalho, necessita-se restabelecer a igualdade ou ao menos reduzir ou compensar a desigualdade constatada. Diferentemente do direito civil, que supõe a igualdade e, portanto, se abstém, no direito do trabalho se constata uma desigualdade e se intervém para corrigi-la.”¹⁵

O Professor Maurício Godinho Delgado, em consonância com as particularidades atuais das relações socioeconômicas de prestação laborativa, destaca quatro funções do Direito do Trabalho: *melhoria das condições de pactuação da força produtiva; modernizante e progressista; civilizatória e democrática* e, por fim, sua função *política conservadora*.¹⁶

A função de *melhoria das condições de pactuação da força produtiva* decorre, basicamente, do caráter protetivo do Direito do Trabalho. Toda a estruturação jurídico-trabalhista em Direito Individual do Trabalho se assenta na premissa básica de que empregados e empregadores não estão em condições negociais de igualdade no contexto da relação de emprego. Há, então, uma desigualdade natural entre os contratantes que precisa ser corrigida pelo Estado, através da norma. Assim, cabe ao Estado, através do Direito do Trabalho, a construção de um *patamar civilizatório* que garanta ao cidadão trabalhador condições mínimas de respeito no âmbito da relação de emprego. Portanto, sendo o trabalhador hipossuficiente, a correção da desigualdade natural é medida que se impõe, sob pena de se inviabilizar a reprodução capitalista em patamares civilizados.

O que os críticos do Direito do Trabalho e defensores da livre estipulação do contrato de emprego pelas partes parecem não entender é que “*o mercado, deixado a si mesmo, o mercado sem o Estado, é a guerra, a selva ou a máfia, ou tudo isso junto*”.¹⁷ Adalberto Moreira Cardoso, com base em Karl Polanyi e Alain Supiot, entende que o objeto do Direito do Trabalho não é a prestação laborativa, mas, sim, a pessoa do trabalhador, do que se infere a imprescindibilidade da tutela especial e o tratamento distinto daquele dado aos produtos e aos preços no mercado.¹⁸

Outra função do Direito do Trabalho é a *modernizante e progressista*, no sentido de que o sistema justralhista possibilita ao Estado a *apreensão* de conquistas relevantes por parte de categorias profissionais mais organizadas no âmbito sindical e sua posterior *extensão* a todos os demais trabalhadores através da lei. É certo que tal função parece ser olvidada em alguns momentos

¹⁵ URIARTE, Oscar Ermida. “Intervenção e Autonomia no Direito Coletivo do Trabalho”. In NICOLADELI, Sandro Lunard, PASSOS, André Franco de Oliveira, FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *O Direito Coletivo, a Liberdade Sindical e as Normas Internacionais*. São Paulo: LTr., 2013. Vol I, pág. 11.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, pág. 55 a 58.

¹⁷ CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003, pág. 121.

¹⁸ CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003, pág. 142.

históricos, em que o Estado age em sentido oposto ao do progresso (neoliberalismo e consequente flexibilização de direitos), mas nem por isso tal função deixa de se afirmar como importante.

Destaque também, no sistema capitalista hodierno, para a função *civilizatória e democrática* do Direito do Trabalho. Como já exposto o Estado, através do Direito do Trabalho, constrói um patamar civilizatório mínimo abaixo do qual não pode haver, licitamente, negociação individual trabalhista. Tal conjunto mínimo acaba por distribuir renda, ainda que timidamente no contexto brasileiro. Ademais, o Direito do Trabalho é, ainda hoje, “*um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada*”,¹⁹ pois ao determinar ao empregador padrões mínimos de contratação de trabalho exige o repasse de valores monetários que possibilitam ao trabalhador uma existência digna, ainda que cercado de dificuldades de toda ordem. Além disso, o Direito do Trabalho também impõe importantes limites à relação de emprego, que exsurge como “*uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea.*”²⁰

Ainda que nem todos se apercebam, o Direito do Trabalho cumpre uma *função conservadora* e também tem sua face favorável ao empregador, pois “*confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea*”.²¹ É simples: por conferir um padrão normativo mínimo às relações entre capital e trabalho o Direito acaba por “acomodar” a classe trabalhadora (como regra geral), que não se ocupa em questionar o sistema capitalista e em pressionar os padrões de modo mais incisivo e organizado, por maior participação nos resultados do seu trabalho.

Depreende-se, portanto, que o Direito do Trabalho existe para corrigir as desigualdades naturais havidas entre empregados e empregadores no que concerne à contratação de força produtiva, sendo certo que tal ramo jurídico especializado é, ainda hoje, garantia de existência digna do cidadão trabalhador e, também, de reprodução do sistema capitalista em condições de civilidade.

Tal percepção lançada acima, bem compreendida pela doutrina, não afasta a existência da função capitalista do Direito do Trabalho, adiante desenvolvida.

4. FUNÇÃO CAPITALISTA DO DIREITO DO TRABALHO.

Não seria razoável supor, como querem fazer crer algumas vozes neoliberais persistentes, que o sistema capitalista, marcado pela manutenção do poder nas mãos das elites dominantes, permita em seu seio uma estrutura que lhe inviabilize a reprodução em níveis satisfatórios. Não são críveis ou verossímeis as teses no sentido do peso excessivo do Direito do Trabalho no custo dos investimentos

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, pág. 58.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, pág. 58.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, pág. 58.

produtivos no Brasil.²² Ora, se os capitalistas sempre foram, em última análise, detentores do poder econômico e político no país, coube a eles, historicamente, afirmar, ampliar, reduzir ou extirpar a estrutura normativa própria do Direito do Trabalho, ainda que se vejam, atualmente, limitados pela Constituição da República. Por que nunca o fizeram? A resposta, adiante desenvolvida, parece revelar que o Direito do Trabalho no Brasil, tal como consolidado, atende suficientemente aos interesses do sistema capitalista. Em uma afirmativa sintética e também arriscada do ponto de vista histórico, social, jurídico e político, pode-se dizer que a proteção trabalhista seria um mal necessário do ponto de vista do capitalista, talvez um subproduto a ser suportado pelas elites para a manutenção do *status quo* através do Direito do Trabalho. Tal percepção, ainda que possa parecer contraditória com o anteriormente exposto sobre as funções clássicas do Direito do Trabalho, é perfeitamente compatível com a estrutura básica deste ramo jurídico especializado. Não se pretende aqui negar toda a importância do Direito do Trabalho para o povo brasileiro, havendo apenas uma proposta de reflexão sobre sua outra face.

A função capitalista do Direito do Trabalho consiste na atuação do ramo jurídico especializado no sentido da preservação dos interesses patronais em concorrência com a proteção ao trabalhador empregado. Caracteriza-se pela manutenção do *status quo* através do discurso de “culpabilização do Direito do Trabalho” pelas crises econômicas, da ausência de concretização de Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas e da falência de direitos constitucionais sociais possibilitada por jurisprudência retrospectiva e equivocada do Tribunal Superior do Trabalho.

4.1. Manutenção do *status quo* no modelo legislado brasileiro.

Inegavelmente a legislação trabalhista, nos moldes construídos e consolidados pelo Estado brasileiro na primeira metade do século XX, tem até os dias de hoje a função de manutenção do *status quo*, ou seja, da classe dominante sempre rica e poderosa, enquanto a imensa maioria da população trabalha para o seu sustento.

O sistema corporativista implantado por Vargas para a regulação social através do Direito do Trabalho acabou por reduzir o papel que poderia ter sido desempenhado pelos sindicatos se houvesse o reconhecimento da luta de classes e da necessidade de ação autônoma da classe trabalhadora para a construção de seus direitos.

²² No início de 2013 a Confederação Nacional da Indústria entregou à Presidenta Dilma Rousseff um estudo intitulado “101 Propostas para Modernização Trabalhista”. Em 135 páginas defende uma ampla reestruturação da legislação (constitucional e infraconstitucional) e da jurisprudência do TST sobre os temas por ela escolhidos como críticos e que acabariam por significar entraves ao desenvolvimento industrial brasileiro. Alterações tão significativas como as que foram apresentadas são incompatíveis com o atual desenvolvimento do Estado brasileiro, que deu à proteção trabalhista status de direito constitucional fundamental. Várias propostas da CNI ferem princípios elementares como *dignidade da pessoa humana* (C.R., artigo 1º, inciso III), *valorização social do trabalho* (C.R., artigo 1º, inciso IV), *não-discriminação* (C.R., artigo 5º, caput), *vedação ao retrocesso social* (C.R., artigo 5º, § 2º), *prevalência dos direitos humanos* (C.R., artigo 4º, inciso II) e *submissão da propriedade à sua função social* (C.R., artigo 5º, XXIII e artigo 170, III). Tais valores, dentre outros, devem ser entendidos como “*vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade*”, nos dizeres sempre precisos do Ministro Maurício Godinho Delgado.

Desde a Consolidação das Leis do Trabalho não houve, significativamente, alteração no conteúdo básico do patamar civilizatório mínimo estabelecido em 1943. Em verdade e ressalvada a Constituição de 1988 substancialmente houve perda, vez que a estabilidade decenal foi substituída pelo sistema do FGTS. A supressão da estabilidade significou não só instabilidade no emprego, mas, também, uma série de fatores prejudiciais à plena efetivação da proteção justrabalhista e que refletem até hoje no cotidiano laboral pátrio, como adiante analisado (item 4.3)

Fato é que um industrial que pretenda investir no Brasil hoje sabe o quanto custou, nas últimas décadas, o valor da mão-de-obra e, o que é mais relevante, sabe qual deverá ser este custo nas próximas, visto não haver mudança significativa nos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, no custo da força de trabalho (não se trata, aqui, dos encargos sociais e tributos sobre a contratação, mas de direitos do trabalhador) no país. A certeza do investidor, historicamente, se assenta no fato de que a CLT é de 1943 e, ressalvada evolução pontual, ainda traz basicamente os direitos dos trabalhadores e seus custos reflexos para o contratante. Enfim, o patamar civilizatório mínimo continua mínimo desde sempre, com poucas alterações desde 1943.

Ademais, conforme o exposto no item próximo, a classe trabalhadora vive constantemente na retaguarda, pois se preocupa em conservar os direitos sociais conquistados ou outorgados e não encontra espaço social relevante, com honrosas exceções, para impor ao capital a vontade da maioria. A preocupação da classe trabalhadora é com o custo de vida, e não com o sistema político ou econômico vigentes. Os sindicatos se ocupam em buscar reajustes salariais e não encontram espaço para debater o modelo capitalista opressor que vigora em todo o mundo e é quase que sem freios no Brasil. Sua pauta mais frequente no plano negocial coletivo é a manutenção das conquistas coletivas anteriores, quase sempre ameaçadas pela vontade patronal. A greve, quando deflagrada (o que é cada vez mais raro), trata de temas exclusivamente contratuais imediatos, quase sempre remuneratórios, sem pressão sobre os patrões para uma revisão dos processos de dominação ou sobre uma melhor distribuição de riquezas no contexto socioeconômico. Tudo isso é também garantido pelo Direito do Trabalho, em suas esferas individual e coletiva, o que afirma sua função capitalista.

O risco do desemprego torna o trabalhador brasileiro individualista, ocupado cotidianamente em defender seu posto de trabalho mesmo que para isso tenha que abrir mão de parte de sua dignidade ou de uma melhor qualidade de vida.

4.2. “Culpabilização do Direito do Trabalho” e crises econômicas: discursos retóricos.

A estagnação da atuação coletiva organizada dos trabalhadores sobre o Estado e sobre os patrões se deve em muito, conforme bem identificou Wilson Ramos Filho à estratégia capitalista de “culpabilização do Direito do Trabalho”. Sempre que há crises econômicas, no Brasil e em boa parte do mundo, o primeiro a ser responsabilizado tende a ser o patamar civilizatório mínimo inafastável e

imperativo construído em torno das relações capital-trabalho. O citado autor, com Antonio Baylos e Joaquín Perez Rey, destaca a narrativa conservadora sobre o tema: “o sistema de garantias articulado sobre o emprego teria resultado na causa direta da eliminação dos empregos e da incapacidade da iniciativa econômica para produzir novos empregos em tempos de crise, de tal forma que a ‘insistência constante desta relação entre emprego e redução dos custos derivados da eliminação dos postos de trabalho se projeta diretamente sobre todo o espaço da normatividade laboral’”.²³ Em síntese, as crises econômicas seriam resultantes principalmente, dentre outros fatores, da pressão do custo da mão-de-obra sobre o investimento produtivo, e a sua solução residiria, conseqüentemente, na diluição dos conteúdos protetivos fixados.²⁴

A estratégia de culpabilização do Direito do Trabalho pelos insucessos econômicos dos empreendedores capitalistas teve seu auge no Brasil na década de 1990, que ficará marcada na história do Direito do Trabalho brasileiro como período de maior ameaça ao seu conteúdo protetivo e ao seu papel de destaque no sistema de relações capital-trabalho. O Poder Executivo central, que detinha plenamente o controle do Poder Legislativo no período 1993-2002, não mediu esforços no sentido de acompanhar o ideário neoliberal preconizado por doutrinadores norte-americanos e europeus.²⁵

Alterações legislativas, inclusive por Medida Provisória, foram implementadas²⁶, e vários prejuízos foram impostos à classe trabalhadora. A ameaça constante da implosão do sistema protetivo construído ao longo do século XX foi a principal preocupação dos trabalhadores organizados, bem como de advogados, juízes e procuradores do trabalho.²⁷ O ideário neoliberal tornou-se, em pouco tempo, hegemônico no mundo ocidental, com ênfase para as ações dos governos brasileiros sob Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso. Algumas das principais características do

²³ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: histórias, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr., 2012. pág. 313.

²⁴ No início de 2013 a Confederação Nacional da Indústria entregou à Presidenta Dilma Rousseff um estudo intitulado “101 Propostas para Modernização Trabalhista”. Em 135 páginas defende uma ampla reestruturação da legislação (constitucional e infraconstitucional) e da jurisprudência do TST sobre os temas por ela escolhidos como críticos e que acabariam por significar entraves ao desenvolvimento industrial brasileiro. Alterações tão significativas como as que foram apresentadas são incompatíveis com o atual desenvolvimento do Estado brasileiro, que deu à proteção trabalhista status de direito constitucional fundamental. Várias propostas da CNI ferem princípios elementares como *dignidade da pessoa humana* (C.R., artigo 1º, inciso III), *valorização social do trabalho* (C.R., artigo 1º, inciso IV), *não-discriminação* (C.R., artigo 5º, caput), *vedação ao retrocesso social* (C.R., artigo 5º, § 2º), *prevalência dos direitos humanos* (C.R., artigo 4º, inciso II) e *submissão da propriedade à sua função social* (C.R., artigo 5º, XXIII e artigo 170, III). Tais valores, dentre outros, devem ser entendidos como “*vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade*”, nos dizeres sempre precisos do Ministro Maurício Godinho Delgado.

²⁵ Registre-se, desde já, que o ideário neoliberal, no que concerne à precarização de direitos trabalhistas, não passou de ameaça nos países de capitalismo central, sobretudo na Europa, servindo, na verdade, como cartilha para consumo dos países periféricos, mas com baixa implementação fática e jurídica em outras plagas.

²⁶ *Verbi gratia* Leis Ordinárias Federais 9.300/1996, 9.472/1997, 9.504/1997, 9.601/1998, 9.608/1998, 9.958/2000, 10.101/2000, 10.208/2001, 10.243/2001, bem como MP 2164/2001.

²⁷ Trata-se da tentativa de aprovação do que ficou conhecido como “prevalência do negociado sobre o legislado”. Destaque para o Projeto 5.483/01, que alteraria o artigo 618 da CLT, que passaria a vigor da seguinte forma: *Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho. Parágrafo único. A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1.985, a legislação tributária, previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.*

neoliberalismo brasileiro foram as privatizações; a desregulamentação dos mercados de produto, financeiros e de trabalho; a despolitização da economia²⁸ e a consolidação da “fábrica-mínima” no contexto da reestruturação produtiva.

Ocorre que todo o processo de desestruturação do Direito do Trabalho no Brasil, com destaque teórico e doutrinário em sua esfera protetiva da classe trabalhadora, não culminou com a ruptura do modelo legislado de regulamentação das relações capital-trabalho. Não foi por ausência de respaldo político no Congresso Nacional ou na mídia nativa, mas, sim, por tal medida não ser interessante para os detentores do poder, conforme já exposto e nos termos da conclusão que seguirá.

Compreende a elite capitalista brasileira que a culpabilização do Direito do Trabalho no Brasil não pode ser exacerbada a ponto de promover a ruptura com o modelo legislado, ainda que tal possibilidade pudesse ter sido implementada em outros momentos históricos.²⁹ Nunca faltou poder político ou econômico para a substituição do modelo de proteção estatal das relações de trabalho por um sistema de negociações autônomas (individuais e/ou coletivas) dos conteúdos dos contratos de emprego. Ocorre que tal ruptura não seria estrategicamente vantajosa para os capitalistas, pois a destruição do Direito do Trabalho tal como consolidado significaria a implantação de um novo sistema, seja qual for, caracterizado então pela incerteza.

Ora, a previsibilidade dos custos da mão-de-obra, como visto, é instrumento essencial para a perpetuação dos lucros empresariais e para a reprodução do capital em altos níveis no Brasil. Importante também o fato de que o modelo legislado retirou e afasta do sindicato a centralidade no processo de ajustes contratuais trabalhistas, vez que o patamar mínimo fixado pelas normas de Direito do Trabalho é, regra geral, todo o conteúdo dos pactos laborativos mantidos no país. Um novo modelo de relações trabalhistas no Brasil, independentemente de qual fosse, traria insegurança e perda dos altos níveis de previsibilidade para os investidores, o que não é, portanto, pauta séria dos detentores do poder econômico. Uma pergunta deve ser feita comumente pelos analistas das relações de trabalho no Brasil e que atuam no interesse dos capitalistas: em um sistema sem regulamentação heterônoma quem assumiria o papel atualmente desenvolvido pelo Estado? O sindicato? Os trabalhadores, independentemente do ente sindical representativo? Partidos Políticos? A força da maioria? O povo? De qualquer modo, a dúvida com relação às respostas possíveis seria um preço muito alto a se pagar...

Assim, a *ameaça de ruptura* do modelo legislado de Direito do Trabalho no Brasil é parte integrante do processo de culpabilização implementado e sempre renovado, mas não passa de retórica tendente a imobilizar a classe trabalhadora que, sempre preocupada em manter seus conteúdos protetivos mínimos, acaba por manter o *status quo*.

²⁸ CARSOSO, Adalberto Moreira. “*A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*”. São Paulo: Boitempo, 2003.

²⁹ Dificilmente poder-se-ia compreender, nos dias de hoje, vistas as regras e os princípios sociais fundamentais trabalhistas da Constituição de 1988, a desestruturação do Direito do Trabalho como medida legislativa em conformidade com o Texto Constitucional. Ainda assim persiste o risco nos planos fático, jurídico e político, pois, infelizmente, segundo ministros do STF, *a Constituição é aquilo que o STF diz que ela é...*

4.3. Ausência de concretização de Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas.

Obviamente que nem só de poder econômico vivem as elites capitalistas. Estruturas política e judiciária em consonância com o pensamento dominante são essenciais para a perpetuação do poder econômico e para a reprodução do capital nos altos patamares brasileiros. Assim, ainda que a Constituição da República de 1988 tenha consagrado expressamente direitos fundamentais imediatamente aplicáveis às relações intersubjetivas entre capital e trabalho, importantes instrumentos ainda não foram efetivamente implementados.

De início aquele que resume em si o maior déficit de implementação de direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira: a ineficácia prática do disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição da República.³⁰ A jurisprudência pátria insiste, ainda, na exigência de lei complementar para a implementação da norma contida no citado dispositivo constitucional, embora tal regra infraconstitucional seja dispensável, visto o disposto no parágrafo 1º do seu artigo 5º.³¹ É simples: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A regra do artigo 7º inciso I é definidora de direito fundamental e, assim sendo, tem aplicação imediata, independentemente da previsão de lei complementar. Ademais, a Convenção 158 da OIT³² foi devidamente ratificada pelo Brasil em 10/04/1996, através do Decreto n. 1855 daquele ano, não obstante tenha sido, posteriormente e de modo inconstitucional (vício formal), denunciada pelo Poder Executivo.

Desde o final da década de 1960, com o fim da estabilidade decenal decretado pelo regime militar, o Direito do Trabalho no Brasil foi substancialmente enfraquecido. Além da instabilidade no emprego, relevante individualmente para cada trabalhador, também a organização coletiva sindical (mesmo no atual cenário democrático) foi prejudicada. A deslegitimação do Direito do Trabalho se tornou cada vez mais frequente. O poder do empregador, na prática cotidiana, é incontestável e incontrastável. A Justiça do Trabalho se tornou a justiça dos desempregados, com todos os efeitos nocivos daí decorrentes.

³⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

³¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Parágrafo 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³² BRASIL. DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996. “Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.” CONVENÇÃO 158. Art. 4. “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

A estabilidade no emprego certamente possibilitaria ao sindicato uma atuação muito mais efetiva do que tem hoje no Brasil, pois o individualismo decorrente do temor do desemprego seria atenuado.

A deslegitimação do Direito do Trabalho através de sua flexibilização a sangue-frio³³ sob os auspícios do Poder Judiciário seria arrefecida, pois o trabalhador poderia, sem riscos, demandar judicialmente em desfavor de seu empregador no curso do contrato de emprego.

Até mesmo o repudiável assédio moral (e também sexual) poderia ser reduzido, pois o trabalhador teria a opção de se insurgir contra a prática perversa sem o risco de perder seu emprego.

Infelizmente, entretanto, nada disso é possível, pois o Poder Judiciário insiste em não reconhecer o alcance dos Direitos Fundamentais do Cidadão Trabalhador. Nem mesmo a importância topográfica do primeiro direito constitucional específico dos trabalhadores sensibiliza os julgadores. Fato é, entretanto, que todos os demais dispositivos constitucionais sociais trabalhistas do artigo 7º foram inicialmente construídos na Assembleia Nacional Constituinte tendo por premissa a estabilidade como regra.

Difícil também a plena implementação no Brasil do Princípio Constitucional de Não-discriminação, Igualdade ou Isonomia, claramente fixado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República. O Poder Judiciário Trabalhista tende a compreender que a isonomia constitucional no âmbito justralhista se resume aos contornos jurídicos do artigo 461 da CLT e da Súmula 06 do TST. Difícilmente o julgador contempla a necessária amplitude constitucional do valor igualdade, restringindo casos concretos em que há discriminação contratual remuneratória aos termos da CLT, em interpretação retrospectiva do comando constitucional.

No sentido da igualdade remuneratória, que é mais significativa do que mera equiparação salarial, o Prof. Vicente Paula Maciel Jr. propõe uma releitura do artigo 461 da CLT e contempla a ideia de *equiparação estrutural*, que significa “a possibilidade de a análise do fenômeno da equiparação ser identificado a partir da estruturação das atividades segundo as exigências do empregador, como forma de tipificar as situações fáticas no enquadramento legal do artigo 461 da CLT.”³⁴ Em seu artigo “Equiparação Estrutural” o Prof. Vicente não afasta os conteúdos jurídicos celetistas do artigo 461, mas promove sua releitura em perspectiva constitucional, em que o valor Igualdade se sobrepõe às exigências clássicas da doutrina e da jurisprudência para a equiparação salarial. Conclui o autor, enfim, que é “fundamental compreender a complexidade da organização empresarial e a partir dela identificar se essencialmente há razões que justifiquem as diversidades de remuneração, ou se o emaranhado de cargos, funções, nomes, não passam de uma fachada, uma forma

³³ Sobre o tema ver ALVES, Amauri Cesar. “Neoliberalismo, ‘Flexibilização a Sangue-Frio’ e o Direito do Trabalho no Brasil. *Revista LTr.*, ano 74 – out – 2010, págs. 1245 a 1255.

³⁴ MACIEL JR., Vicente de Paula. “Equiparação Estrutural”. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, 2012, vol. IV, págs. 153-170.

moderna de sepultar conquistas do trabalhador que tiveram o objetivo de estabelecer um critério que eliminasse a exploração e a desigualdade entre iguais.”³⁵

No mesmo sentido o entendimento doutrinário e jurisprudencial praticamente uniformes no sentido da inaplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência no curso do contrato de emprego. Infelizmente o empregador pode hoje dispensar por justa causa um empregado sem ter que dar a ele, previamente ao ato rescisório, oportunidades de defesa que consagrem o contraditório e a presunção de sua inocência. A presunção de inocência, embora direito fundamental de todo e qualquer cidadão, seria restrita ao processo e inaplicável no curso da relação jurídica de emprego. No plano das relações privadas, no âmbito do processo, a regra geral é a de que quem alega prova, havendo presunção de inocência ou de não responsabilidade da parte acusada. No Direito do Trabalho, no plano da relação de emprego, não se concebe abusividade no ato patronal de dispensa por justa causa sem indícios de responsabilidade pessoal do obreiro. A lógica se inverte: após sofridas as consequências (graves) da dispensa por justa causa deve o trabalhador, caso queira, acionar a Justiça do Trabalho para pleitear a reversão da medida. Primeiro a pena, depois, caso queira, o processo. Deve o trabalhador arcar então, antes do processo, com a pecha advinda da justa causa, com o ônus da demora do processo e com os riscos de não conseguir outro emprego em decorrente do ajuizamento da ação. No mínimo. Se respeitados fossem os direitos fundamentais do trabalhador como limitações ao poder diretivo dos empregadores no âmbito da justa causa, deveriam estes criar procedimentos justos e equânimes aplicáveis previamente às sanções trabalhistas, sob pena do reconhecimento imediato da ilegalidade da pena aplicada sem o respeito ao contraditório e à ampla defesa.³⁶

Até mesmo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem sendo mitigado no plano das relações trabalhistas, sobretudo por incorreta valoração de seu sentido pelo Poder Judiciário e em algum sentido pela doutrina.³⁷ É claro que o cidadão trabalhador merece ser respeitado por seus superiores hierárquicos no âmbito do seu contrato de emprego. O fato de ser subordinado juridicamente não retira do empregado seu status de cidadão, do que decorre a necessária proteção constitucional à sua honra, à sua intimidade, ao seu nome. O exercício do poder pelo patrão encontra limites no Texto Constitucional, que consagra a dignidade da pessoa como fundamento da República brasileira. O empregado agredido pode e deve buscar a reparação do dano na Justiça do Trabalho, que deveria fixar indenização suficiente a minorar o sofrimento suportado e que, ao mesmo tempo, poderia

³⁵ MACIEL JR., Vicente de Paula. “Equiparação Estrutural”. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, 2012, vol. IV, págs. 153-170.

³⁶ Sobre o tema ver ALVES, Amauri Cesar. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Trabalhistas”. *Revista LTr*. ano 75, n. 10, outubro/2011, págs. 1209-1218.

³⁷ “Nesse sentido, em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana ser dos mais importantes e relevantes, possui baixa densidade normativa, uma vez que apenas enunciado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem maiores detalhamentos.” MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Os pilares do Direito do Trabalho – Princípios e sua Densidade Normativa” *Revista LTr*. vol. 76, n. 07, jul 2012. p. 776.

servir de desestímulo ao empregador que assim age. O problema atualmente diz respeito a o *quantum* da indenização, ou seja, o valor a ser pago pelo empregador que viola a dignidade de seu empregado.

Pelas notícias dos tribunais trabalhistas é possível perceber, como regra geral, que o Poder Judiciário tem garantido a indenização por danos morais em decorrência de afronta ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, mas em valor tão insignificante que não é suficiente para a reparação do prejuízo nem tampouco serve como desincentivo às práticas aviltantes. Em tal sentido alguns casos concretos julgados recentemente em Minas Gerais, todos disponíveis em www.trt3.jus.br, em síntese: 1) O empregado foi revistado diversas vezes em um único dia, tendo sido obrigado a tirar a roupa para a fiscalização, e foi indenizado em R\$5.000,00. Muito constrangimento e pouco dinheiro. 2) Uma faculdade foi condenada a pagar indenização de R\$4.000,00 por danos morais a um empregado por ter anotado em sua CTPS que ele estava sendo reintegrado ao trabalho por força de um acordo judicial. Infelizmente a anotação não poderá ser retirada da CTPS sem rasura, restando ao trabalhador providenciar novo documento, com todas as implicações negativas daí decorrentes. 3) Um gerente de posto de gasolina exigia que as frentistas trocassem de roupa e vestissem seus uniformes dentro de sua sala, ocasião em que se aproveitava para assediá-las sexualmente. Uma trabalhadora, insatisfeita com a situação, ajuizou ação trabalhista e foi “indenizada” em R\$2.000,00. 4) A Justiça do Trabalho de 1ª instância condenou uma granja industrial a pagar indenização por danos morais a uma ajudante de produção, pois a trabalhadora tinha limite para uso de banheiro, sofria cobrança excessiva de metas, trabalhava em pé e ainda era desrespeitada por superiores hierárquicos. O valor: R\$3.000,00. 5) Uma trabalhadora foi chamada de “vaca” pelo gerente, na frente de vários colegas e clientes do estabelecimento em que trabalhava, tendo recebido apenas R\$3.000,00 de indenização por danos morais. 6) Um Professor universitário, aviltado no exercício de suas tarefas de Cátedra, teve indenização fixada em meros R\$3.000,00. A instituição de ensino para a qual trabalhou enviou e-mail para os alunos do professor cancelando uma prova agendada por ele e explicando aos seus “clientes” que o Professor fora dispensado em decorrência de “acontecimentos de vulto”, sem entretanto dizer o que houve. Para piorar, o Professor somente ficou sabendo de sua dispensa oficialmente após o e-mail ter circulado entre os alunos. 7) Uma trabalhadora obrigada a se despir para fiscalização decorrente de desaparecimento de dinheiro em uma lanchonete foi “indenizada” pelo patrão em R\$500,00 (quinhentos reais)... Isso é fazer pouco da dignidade do trabalhador, independentemente da capacidade econômica do patrão! Prosseguindo, um caso emblemático e que merece transcrição literal da notícia veiculada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

“Um trabalhador conseguiu na Justiça do Trabalho de Minas uma indenização por danos morais por ter sido perseguido e agredido pelo sócio gerente da empresa em que trabalhava. O patrão pretendia reaver o dinheiro correspondente ao acerto rescisório feito pouco antes no sindicato. A empresa de pré-moldados recorreu da sentença que a condenou ao pagamento de

R\$7.249,90. Tudo aconteceu logo após o acerto rescisório no sindicato. O reclamante pegou um táxi e percebeu que estava sendo perseguido. Ouvido como testemunha, o taxista relatou que parecia cena de filme. Ele contou que o carro que os seguia saiu de trás deles e "fechou" o táxi. As portas foram abertas e 2 pessoas saíram do veículo. Um dos homens foi diretamente até o reclamante e pegando-o pelo colarinho e gritando para ele devolver o dinheiro. A outra pessoa ficou ao lado do taxista, com as mãos dentro da camisa, dizendo para ele não dar partida no carro. Mesmo assim, o taxista percebeu uma oportunidade e arrancou com o veículo, parando no posto policial mais próximo. Na audiência o taxista identificou o agressor como sendo o sócio titular da empresa. "Foi tudo muito rápido, coisa de minuto", contou o taxista."³⁸

No caso acima destacado é simplesmente absurdo o sentimento de impunidade do empregador. Na verdade, o que há é a certeza de que pouco ou nada advirá de seus atos enquanto patrão, o que foi reforçado pelo Poder Judiciário.³⁹

Parece que alguns juízes tentam com suas decisões não desagradar a ninguém, e acabam por não realizar verdadeiramente a justiça. Julgam procedentes os pedidos de reparação do dano moral fundados na preservação da dignidade da pessoa mas fixam valores que são mais aviltantes até do que o ato patronal ilícito, *data maxima venia*.

Por fim e não menos importante, tem faltado a consagração do Princípio Constitucional de Prevalência dos Direitos Humanos na seara trabalhista, sobretudo em decorrência de não ser o Brasil signatário da já citada Convenção 158 e da Convenção 87 (Liberdade Sindical), ambas da OIT.

Ora, com o devido respeito, não é possível compreender direitos fundamentais como meras promessas do legislador Constituinte para gerações futuras. Não há programas inaplicáveis imediatamente no plano dos Direitos Fundamentais.⁴⁰ Em se tratando de princípios constitucionais

³⁸ TRT, 3ª. Região, processo n. 0001305-31.2011.5.03.0032 ED, Assessoria de Comunicação Social, Subsecretaria de Imprensa, disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 24/04/2013.

³⁹ Em sentido contrário ao dos processos citados vale destacar decisão do Ilustre Juiz Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, que identificou um caso de abuso de poder por parte do empregador. Ficou comprovado que uma instituição de ensino renomada convocou uma reunião com todos os segmentos da comunidade universitária com o objetivo de atribuir ao ex-diretor geral de uma das faculdades a prática de supostas irregularidades decorrentes de sua gestão. O magistrado destacou que o ex-diretor não teve qualquer oportunidade de defesa e, depois de ter sido submetido à execução pública, foi dispensado sem justa causa, levando à conclusão de que as acusações eram infundadas. No entender do julgador, ficou caracterizado o dano moral decorrente da conduta patronal ilícita. Destacou o Prof. Vicente que *"Um homem passa a vida inteira construindo sua imagem, sua personalidade, sua marca indelével na memória dos seus convivas. Ninguém tem o direito de retirar esse patrimônio imaterial, a não ser após o devido processo legal e a observância do amplo direito de defesa em processo administrativo ou judicial"*, ponderou. O valor da indenização em sede de 1º grau foi de aproximadamente R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais). O TRT de Minas reduziu o valor para R\$300.000,00.

⁴⁰ A melhor doutrina constitucionalista consagra a eficácia dos direitos fundamentais em perspectivas horizontal e vertical. Por eficácia vertical dos direitos fundamentais pode-se compreender, com Ingo Wolfgang Sarlet, a vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção contidos nos direitos fundamentais. Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode-se compreender, mais uma vez com Ingo Wolfgang Sarlet, o seguinte: *"Se é, à evidência, verdade que são os órgãos estatais que se encontram diretamente vinculados pelos deveres de proteção expressa e implicitamente contidos nos direitos fundamentais, também é correto afirmar que entre os particulares existe um dever de respeito e consideração (portanto de não violação) em relação à dignidade e direitos fundamentais de outras pessoas. Assim, a eficácia vertical será sempre complementada por uma espécie de eficácia horizontal, que mais apropriadamente tem sido designada de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas..."* SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais

reveladores de direitos fundamentais sua prevalência é clara, competindo a todos e principalmente ao Poder Judiciário sua plena efetivação. Enquanto o Poder Judiciário não reconhecer o óbvio, poderá ser visto como engrenagem essencial para a preponderância da função capitalista do Direito do Trabalho em detrimento de seu conteúdo eminentemente protetivo do trabalhador, ainda que assim não se aperceba.

4.4. Falência de Regras Constitucionais Trabalhistas.

Além da dificuldade na implementação de princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais, vista a incompreensão de boa parte do Poder Judiciário Trabalhista com relação à sua normatividade e eficácia (horizontal e vertical), tem havido também a falência de determinadas regras constitucionais sociais, que não são inteiramente compreendidas e corretamente aplicadas nas relações juslaborais. Exemplificativamente e em apertada síntese as regras dos incisos IV, XIII e XVI do artigo 7º da Constituição da República.

Inicialmente a regra do salário mínimo mensal, que em si já traz dificuldade de aplicação prática, e que vem sendo demolida pelo Poder Judiciário, que contempla a constitucionalidade da regra celetista do contrato a tempo parcial.

Durante a década neoliberal, no governo FHC, a regra constitucional referente ao salário mínimo (Constituição da República, artigo 7º, inciso IV) foi aviltada com a possibilidade legal de contratação de emprego em patamar salarial inferior ao que é fixado anualmente pela legislação infraconstitucional. Atualmente é lícita (segundo os tribunais) a contratação de emprego com patamar salarial inferior ao mínimo mensal, como se infere do texto do artigo 58-A da CLT, acrescido pela Medida Provisória 2164/2001. Assim, empregados com disponibilidade semanal de trabalho igual ou inferior a 25 horas poderão receber salário proporcional (e inferior ao mínimo) ao de um colega que trabalhe em tempo integral. Exemplificando: se um atendente de balcão recebe R\$800,00 para trabalhar 40 horas por semana, pode haver a contratação de um empregado que ganhe R\$400,00 para trabalhar 20 horas por semana. O TST já decidiu pela constitucionalidade da regra, nos termos de sua OJ 358, da SDI-1. Em verdade, a regra citada e a OJ em questão autorizam a contratação lícita de emprego em patamares remuneratórios inferiores ao mínimo mensal estabelecido em lei.

O TST firmou o entendimento de que o salário mínimo legalmente fixado leva em conta o padrão ordinário de disponibilidade de trabalho, de modo que, em jornadas menores, possível é a contraprestação mínima proporcional.

Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006, págs. 551 a 602.

Bem verdade que os diplomas normativos que fixam o salário mínimo o fazem tomando em conta não só o parâmetro mensal, mas também o diário e o horário. Não se ignora ser razoável a contratação em regime de tempo parcial. O que não se pode entender razoável, entretanto, é servir a contratação em regime de tempo parcial como forma de precarização da contratação de emprego, como infelizmente ocorre.

Alguns questionamentos, de ordem constitucional, principiológica e de fundamentos se impõem: um contrato de emprego em que se paga ao trabalhador formalmente registrado pouco mais de cem reais mensais atende ao disposto no artigo 7º, inciso IV da Constituição da República, aos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa, ao princípio justralhista da proteção ou ao patamar civilizatório mínimo, que seriam afinal a essência do Direito do Trabalho? A resposta, com a devida vênia, parece ser negativa.

Ressalte-se, novamente, que a ideia do trabalho a tempo parcial é razoável, mas o pagamento inferior ao mínimo mensal não parece ser. O Direito do Trabalho existe também para trazer proteção à parte hipossuficiente da relação jurídica de emprego, e tal tutela se consubstancia pela construção de um patamar civilizatório mínimo, eminentemente protetivo, abaixo do qual não pode haver, licitamente, contratação de emprego.

Salário mínimo mensal, sem as proporcionalidades da regra infraconstitucional, “*fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas*” do trabalhador “*e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*”⁴¹ é conteúdo essencial do patamar civilizatório mínimo e expressão básica do princípio da proteção.

Permitir ao empregador contratar emprego com remuneração (ainda que proporcional ao salário mínimo hora) inferior ao fixado como mínimo mensal não atende aos mais básicos fundamentos do Direito do Trabalho no Brasil.

Outro ponto sensível com respeito à falência de regras constitucionais trabalhistas diz respeito ao limite de jornada estabelecido no inciso XIII do artigo 7º da Constituição. Limitação de jornada é, conforme cediço, regra básica, elementar, essencial, historicamente fundante do Direito do Trabalho em todo o mundo. No Brasil, entretanto, não passa de referência, vez que verdadeiramente não há limite. Por aqui existe a figura paradoxal das *horas extras habitualmente prestadas*⁴² e que não causa constrangimento ou reflexão de seus termos por parte do TST. Ora, como é possível algo ser ao mesmo tempo habitual e extraordinário? Quando os Tribunais Trabalhistas tratam de horas extras

⁴¹ Constituição da República, artigo 7º, inciso IV. É preciso reconhecer que o conteúdo citado ainda está longe de ser integralmente efetivado, mas nos últimos anos tem havido, de modo inequívoco, políticas públicas que privilegiam uma aproximação da promessa constitucional com a realidade do cidadão trabalhador. Tal iniciativa governamental, entretanto, resulta menos efetiva nos contratos a tempo parcial.

⁴² SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

somente se discute seu pagamento ou compensação, mas não sobre a circunstância extraordinária ensejadora do excesso de jornada. Assim, exigir ou não trabalho em sobrejornada, “habitual ou esporadicamente”, tende a ser mera decisão do empregador, sem respeito ao comando constitucional do artigo 7º, inciso XIII.

Além da paradoxal figura das “horas extras habitualmente prestadas”, convive a ordem jurídica brasileira com a possibilidade de trabalho extraordinário sem o correspondente pagamento da contraprestação básica (salário) e do adicional sobre horas extras previsto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição da República. Trata-se do “Banco de Horas”, também estabelecido por Medida Provisória do legislador presidencial da década de 90.

Incrível que os tribunais reconheçam constitucionalidade da regra em questão. Há trabalho sem contraprestação! Há trabalho entregue, no interesse do empregador, quando e como ele quer exigir, em sobrejornada e sem pagamento da hora simples! No sistema do “banco de horas”, se o salário do trabalhador é R\$1000,00 mensais para trabalhar 220 horas e ele em um mês trabalha 270 horas, receberá os mesmos R\$1000,00. A regra desconhece e afronta o Princípio Constitucional da Valorização Social do Trabalho. Valorizar trabalho significa, pelo menos, pagar salário por trabalho entregue!⁴³

Além disso, ao pactuar o banco de horas não estão os empregadores obrigados à observância do adicional de horas extras constitucionalmente previsto, pois a interpretação, gramatical e formalista, é de sua incidência apenas quando há o *pagamento* da hora extraordinária, não sendo devido quando há *compensação*.

O banco de horas divide os riscos do empreendimento com o empregado, vez que o empregador pode ajustar a exploração de trabalho ao seu talante, sem que tenha que remunerar o empregado com o acréscimo que o Texto Constitucional exige. Quando há maior exigência de trabalho, fica o empregado obrigado à sobrejornada, pouco importando seus compromissos fora do contrato, bastando que haja posterior (dentro de um ano) compensação das horas exigidas além do padrão constitucional.

O sistema do banco de horas traz inconstitucionalidades claras, pois fere direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

Em síntese destaca Grijalbo Fernandes Coutinho:

“Ora, a Constituição está aí – diriam – para defender os indivíduos insertos em uma sociedade. Procura-se evitar a jornada em horário extraordinário justamente pelas suas consequências físicas e sociais deletérias para o trabalhador, reprimindo-a com a obrigação de que seja paga a maior. Se o

⁴³ É claro que as horas trabalhadas em sobrejornada creditadas no banco de horas serão compensadas posteriormente com folga, oportunidade em que será mantido o mesmo salário (R\$1000,00 por exemplo), muito embora não tenha sido implementada a quantidade-padrão de 220 horas. Tal compensação, entretanto, não justifica que em um mês haja trabalho sem paga, *data maxima venia...*”

banco de horas, como instituído, retira do trabalhador este pagamento, por certo não está em concordância não só com a letra da Carta Magna, como também com sua intenção. (...) A norma legal autorizadora da realização do banco de horas labora em flagrante inconstitucionalidade, por ofender o limite diário previsto no art. 7º, inciso XIII, além de atentar contra os fundamentos da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho (CF, art. 1º, incisos III e IV), de modo contrário, ainda, à proteção da saúde do trabalhador (art. 7º, inciso XXII).”⁴⁴

Assim, é urgente que o Poder Judiciário compreenda que os limites constitucionais de 8 horas diárias e 44 semanais não devem ser inobservados ordinariamente, sob pena de haver flexibilização de regras referentes à saúde e à segurança do trabalhador, que têm a característica da indisponibilidade.

A quem interessa a falência de regras constitucionais protetivas? O Direito do Trabalho, nos termos acima expostos, milita claramente em favor dos patrões, que encontram brechas e subterfúgios para descumprir direitos fundamentais, o que é um problema sério para a realização da proteção preconizada. Se tal ramo jurídico especializado não cuida de realizar plenamente as regras constitucionais em seu âmbito, é forçoso concluir que os interesses patronais acabam por reduzir o patamar civilizatório mínimo construído para a proteção da parte hipossuficiente da relação empregatícia.

4.5. Jurisprudência retrospectiva do TST.

Infelizmente também é possível perceber que o Tribunal Superior do Trabalho mantém em sua jurisprudência consolidada súmulas e orientações contrárias aos princípios constitucionais consagrados pela República brasileira em 1988. Por mais que haja ultimamente significativos avanços jurisprudenciais⁴⁵, fruto de uma contínua transformação progressista em seu seio, o TST ainda tem dificuldades na implementação de direitos fundamentais do cidadão trabalhador nos casos concretos postos a seu julgamento.

Há no Brasil o que a doutrina constitucional denomina interpretação retrospectiva da Constituição da República. Há quem pretenda entender toda e qualquer norma trabalhista, seja ela constitucional ou infraconstitucional, em conformidade com o que está disposto na CLT, e não o contrário. Talvez o problema resida também no fato de que o Texto Constitucional promulgado em 1988 começou a ser implementado, e sobretudo interpretado, em um momento de agressão ao sistema protetivo trabalhista vigente no plano infraconstitucional, o que impôs aplicação restritiva e limitadora de direitos em consonância com o neoliberalismo hegemônico, que como tal atingiu também o Poder Judiciário. Houve a promulgação de uma Constituição Social seguida de governos neoliberais, o que

⁴⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr., 2009. p. 65.

⁴⁵ Avanços significativos recentes e que devem ser destacados: Súmula 244, inciso III; Súmula 428; Súmula 378; Súmula 277, inciso I; Súmula 440; Súmula 443 e Súmula 444 do TST.

talvez explique, hoje, a interpretação conservadora, e muitas vezes retrospectiva, que se faz de seu texto.

A interpretação no Direito atual exige a compreensão de que todas as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade, que gozam de superioridade sobre o restante das regras postas e que os diversos ramos jurídicos devem ser vistos a partir do que dispõe a Constituição da República, força de sua centralidade no ordenamento, consoante lições de Ana Paula Barcelos.⁴⁶

Luís Roberto Barroso, em estudo intitulado “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)”, publicado na referencial obra coletiva denominada “*Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*”, trata da constitucionalização do direito infraconstitucional, com destaque para o processo de interpretação jurídica, afirmando a preponderância da Constituição da República:

“... toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição: a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. (...) b) Indiretamente, quanto uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; e (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”⁴⁷

Exemplificativamente e em apertada síntese a interpretação equivocada emanada do Tribunal Superior do Trabalho e cristalizada em suas Súmulas 85, incisos I, II e III; 129; 331, inciso III; 369, incisos II e V, bem como Orientações Jurisprudenciais (SDI-1) 323, 358 e 441.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”, In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio, *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)”. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio, *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227-228.;

Inicialmente a Súmula 85 do TST, que em seus incisos I, II e III⁴⁸ contraria o disposto no artigo 7º, inciso XIII da Constituição da República, que deve ser interpretado como definidor de limites para a exploração diária e semanal de trabalho. Em seu inciso I a Súmula 85 permite a compensação de jornada por acordo individual escrito, sendo certo que o dispositivo constitucional citado exige negociação coletiva. Segue em seu inciso II com previsão de que o acordo individual possibilita a compensação de horários, desde que não haja norma coletiva em sentido contrário, desconhecendo que há regra constitucional contrária. Por fim, em seu inciso III, permite a Súmula 85 compensação de jornada tácita, em total desconformidade com a norma constitucional.

A Súmula 129 do TST traz inovação ao conceber direito do empregador decorrente de norma jurídica eminentemente protetiva do empregado. O artigo 2º, parágrafo 2º, da CLT contempla a figura do grupo econômico para fins justralhistas e estabelece, apenas e tão somente, responsabilidade solidária pela satisfação de créditos porventura inadimplidos. Nada mais do que isso. Não obstante a singeleza da norma protetiva, conseguiu o TST extrair dela vantagem para os empregadores, consubstanciada na figura do “empregador único”, da qual decorre que “a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário” (Súmula 129, TST). Tal figura jurídica permite a superexploração do trabalho por diversas pessoas jurídicas componentes de um grupo econômico sem que haja, com cada uma delas, a natural e correspondente relação empregatícia e, conseqüentemente, direitos trabalhistas cumulativamente. Embora não haja excesso de jornada, tal figura potencializa a intensidade do trabalho exigido, sem correspondente aumento na contraprestação mensal.

A Súmula 331 do TST, conforme cediço, “permite” a terceirização em atividade-meio do tomador dos serviços, desde que inexistentes personalidade e subordinação diretas.⁴⁹ A justificativa para a edição da Súmula parece ser no sentido da teórica inexistência de norma jurídica suficientemente abrangente para abarcar o fenômeno socioeconômico da terceirização. Em decorrência de tal vazio normativo teria o TST fixado os contornos jurídicos possíveis da terceirização no Brasil.

⁴⁸ SUM-85 COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

⁴⁹ SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

Ocorre que há, sim, normatização constitucional e infraconstitucional suficientes à regulamentação da terceirização, sendo desnecessária a adoção da Súmula 331 do TST, que está em desconformidade com a Constituição da República. Princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana (C.R., artigo 1º, inciso III), do valor social do trabalho (C.R., artigo 1º, inciso IV), da igualdade ou não-discriminação (C.R., artigo 5º, *caput*), bem como os princípios constitucionais trabalhistas específicos dos artigos 7º, 8º e 9º devem informar a aplicação da norma jurídica de Direito do Trabalho. Tais princípios constitucionais constituem normas fundamentais, inafastáveis e auto-aplicáveis às relações de trabalho (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Ora, tratar desigualmente empregados celetistas em condições fáticas de igualdade substancial é agredir a Constituição da República, e é esse aviltamento, infelizmente, que justifica economicamente a terceirização de serviços. A terceirização só se sustenta economicamente se o patamar remuneratório do trabalhador terceirizado foi substancialmente inferior ao do seu colega empregado diretamente contratado pelo tomador dos serviços, é óbvio.

No contexto da normatividade dos princípios e da melhor hermenêutica constitucional é possível a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de emprego, sendo, então, oponíveis as regras e princípios constitucionais ao empregador que precariza a contratação de força produtiva através da terceirização.

O Direito do Trabalho, como conjunto de regras, princípios e institutos voltados à regulamentação das relações de venda de força produtiva, embora tenha também função capitalista, deve ser um instrumento essencial de afirmação fática e jurídica dos preceitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Neste contexto os direitos do empregador, no âmbito da gestão de seu empreendimento, se submetem à observância aos direitos fundamentais do cidadão trabalhador, do que decorre a conclusão de que a terceirização precarizante deve ser reconhecida como medida contrária à Constituição da República.

Por fim, no que concerne à terceirização de serviços, há, sim, regra infraconstitucional suficientemente abrangente. Trata-se da Lei 6.019/1974 que somente autoriza a terceirização de trabalho nos casos de substituição de pessoal permanente ou acréscimo extraordinário de serviços e, mesmo assim, por apenas 3 meses. Fixa a citada Lei de Trabalho Temporário, ainda, remuneração igualitária entre os empregados diretamente contratados pelo tomador e aqueles admitidos pela interposta, o que revela, na prática, a implementação do princípio constitucional de igualdade, isonomia ou não-discriminação.

Percebeu a Justiça do Trabalho mineira que as razões para a edição e aplicação da Lei 6.019/1974, que trata da igualdade remuneratória na terceirização de trabalho temporário, se verificam também nos casos de terceirização de trabalho permanente. Explicitou o então Desembargador José Roberto Freire Pimenta o seguinte:

“se o trabalhador temporário, que normalmente fica na empresa tomadora de serviços por noventa dias (a não ser em virtude de prorrogação expressamente autorizada pelo órgão do MTE), tem assegurado, por preceito legal exposto, tal proteção, não se pode conceber, do ponto de vista lógico e jurídico, que trabalhadores que, como o reclamante, prestaram serviços de forma permanente à empresa tomadora, tenham menos direitos. Inteiramente cabível, portanto, a incidência por analogia daquele preceito legal ao caso dos autos, de resto autorizada expressamente pelo artigo 8º, caput, da CLT.”

Tal entendimento deveria substituir os contornos jurídicos fixados pela Súmula 331 do TST, pois a regra em vigor a respeito da terceirização é aquela contida na Lei 6.019/1974.

A Súmula 369 do TST, sobretudo o disposto em seus incisos II e V, exige urgente revisão por parte da magistratura trabalhista de cúpula.

Em seu inciso II a Súmula 369 do TST⁵⁰ fixa ter sido recepcionada a regra do artigo 522 da CLT, que limita a 07 o número de dirigentes sindicais que, somados aos 07 suplentes previstos na Constituição da República (artigo 8º, inciso VIII), teriam garantia de emprego. A Súmula em questão não está em conformidade com o Princípio Constitucional de Liberdade Sindical, estabelecido no artigo 8º da Carta da República. Ora, se o sindicato é livre e autônomo, deve fixar livre e autonomamente o número de dirigentes sindicais que, conseqüentemente, terão garantia de emprego, visto que a regra constitucional que consagra a proteção específica não traz limite numérico ao seu exercício. Neste sentido, ao analisar a regra do artigo 522 da CLT entende o Prof. Maurício Godinho Delgado que “a restrição da lei, em contraponto à garantia constitucional, pode praticamente inviabilizar a firme, ágil e eficaz atuação de certos sindicatos, em especial quando representativos de categorias numericamente densas ou que se localizem em extensa base territorial.” E afirma que, por ser “inadequado o texto da lei ao comando da Constituição, prevalece o número fixado nos estatutos sindicais, exceto se houver exercício abusivo do direito na fixação desse número.”⁵¹

O inciso V da Súmula 369 do TST⁵² presume má-fé, *data maxima venia*. Compreende o TST, sem respaldo constitucional ou mesmo infraconstitucional, que o registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵⁰ SUM-369 DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

(...)

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”. 12. ed. São Paulo: LTr., 2013. pág. 1383.

⁵² SUM-369 DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

(...)

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ocorre que a regra constitucional do artigo 8º, inciso VIII, não traz qualquer restrição neste ou em outro sentido. É bastante clara ao fixar que “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. Não há qualquer restrição constitucional ao registro da candidatura no curso de aviso prévio, não estando portanto em conformidade com a Constituição da República a restrição jurisprudencial limitadora de direito fundamental. Ademais, a regra do artigo 487, parágrafo 6º, *in fine*, estabelece que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço para *todos* os efeitos legais. Todos. Ademais, o TST reconhece, de modo inequívoco, que “a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.” (OJ, SDI-1, 82, TST). Ora, o aviso prévio integra o contrato de emprego, sendo mera comunicação de intenção rescisória. Assim, se o registro da candidatura a cargo de dirigente sindical se dá no curso do aviso prévio, se dá também, obviamente, no curso do contrato de emprego, não havendo qualquer motivo lícito para a restrição feita pelo TST. Qual seria a motivação da Súmula 369 em seu inciso V? Talvez imagine o TST que o empregado que registra sua candidatura a cargo de dirigente sindical no curso de aviso prévio somente o faz na expectativa de obstar a dispensa já previamente noticiada (mas ainda não implementada), o que seria, *data maxima venia*, presunção de má-fé.

A OJ 323 da SDI-1 do TST somente confirma a tese no sentido de que a jurisprudência trabalhista contempla a regra do artigo 7º, inciso XIII da Constituição da República como mera referência, e não como limite. Valida o TST o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra. Entende a instância máxima da Justiça do Trabalho não haver violação dos arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988 no ajuste da “semana espanhola” mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ora, por que motivo teria o legislador constituinte de 1988 fixado o limite de disponibilidade semanal de trabalho em 44 horas? A regra diz respeito obviamente à preservação da saúde do trabalhador e de sua inserção social, comunitária, familiar. Olvidar tal conteúdo constitucional é afastar a percepção de direitos fundamentais pelo trabalhador e afirmar a função capitalista do Direito do Trabalho como significativa na lógica do sistema juslaboral brasileiro.

Já se disse no presente estudo sobre a OJ 358 da SDI-1 do TST, que permite a contratação lícita de emprego sem a observância ao valor do salário mínimo mensal, desde que se preserve o seu padrão horário, em desconformidade, entretanto, com o Princípio Constitucional da Valorização Social do Trabalho (C.R., artigo 1º, inciso IV) e da regra do artigo 7º, inciso IV.

4.6. Vantagens patronais justralhistas em essência.

Por fim, possível compreender vantagens patronais imediatas decorrentes do sistema de proteção justralhista no Brasil, não desconhecendo, por óbvio, repita-se, toda a sua importância para a preservação da dignidade do cidadão trabalhador. As principais vantagens advindas ao empregador em decorrência do Direito do Trabalho e que revelam claramente sua *função capitalista* são a previsibilidade, a planificação da concorrência e a fixação de mercado consumidor interno, pontos sensíveis e que permitem perceber uma lógica interna do sistema justralhista e que permite a perpetuação das elites no poder.

Inicialmente a previsibilidade. Já exposto anteriormente que o modelo legislado de regulação trabalhista no Brasil permite ao empreendedor prever exatamente os custos que terá com mão-de-obra assalariada, vez que não há, historicamente, avanços significativos no patamar civilizatório mínimo protetivo. Não se trata, aqui, dos custos referentes aos encargos sobre a mão-de-obra e que são pagos ao Estado. A previsibilidade diz respeito aos direitos contratuais trabalhistas diretamente devidos e pagos aos empregados. No plano do Direito Individual de Trabalho, e em menor grau no âmbito juscoletivo, pode o empreendedor projetar seus custos sem riscos de um desequilíbrio financeiro e orçamentário decorrente de alteração legislativa em benefício da classe trabalhadora. Ademais, o modelo legislado faz com que o empregador tenha que se relacionar mais proximamente com o Estado para a definição dos conteúdos jurídicos protetivos contratuais mínimos do que com o sindicato representativo de seus empregados. Por fim, a previsibilidade permite ao empregador formar o preço de seu produto ou serviço sem riscos de sobressaltos, nele incluindo o valor da mão-de-obra, que será pago, ao final, pelo consumidor. Tal situação jurídica favorece o investimento produtivo, ao invés de inviabilizá-lo, como pretendem ainda as vozes neoliberais insistentes. A incerteza que seria decorrente da implosão do modelo legislado de regulação trabalhista brasileiro poderia trazer prejuízos ao investidor capitalista, que prefere a previsibilidade.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à planificação da concorrência. Independentemente do número de empregados contratados o empregador terá os mesmos custos (individualmente considerados) com a mão-de-obra que tem seu concorrente. O padrão remuneratório fixado no âmbito individual trabalhista é o mesmo para todos. No plano juscoletivo a representação por categoria, a unicidade e a base de representação mínima de um município também colaboram para a planificação da concorrência no que concerne ao custo da mão-de-obra. Um produto não será mais caro ou mais barato do que aquele fabricado pelo concorrente se considerado apenas o custo do contrato de emprego, o que beneficia a livre concorrência e a atuação das leis de mercado. Nesta linha o *dumping social* deve ser também preocupação do empreendedor capitalista, pois tal estratégia patronal rebaixa artificialmente o custo da mão-de-obra e desequilibra a concorrência.

Por fim, o Direito do Trabalho constrói e desenvolve mercado consumidor interno, ao garantir aos empregados padrões remuneratórios mínimos. O Direito do Trabalho, ao fixar um *patamar civilizatório mínimo* contratual, acaba por dar ao trabalhador a possibilidade de se inserir no mercado

de consumo, o que é essencial para a reprodução do sistema capitalista. Ora, não há capitalismo sem consumo. Não há consumidor sem dinheiro. No Brasil não há dinheiro, amplamente, sem emprego protegido e valorizado. Precarizar a contratação de emprego significa, em última análise, retirar consumidores do mercado e, conseqüentemente, enfraquecer o sistema capitalista, o que não é, obviamente, a pretensão do empresário que raciocina de modo coerente e lógico. Também por isso o Direito do Trabalho interessa diretamente aos empregadores, pois sua função capitalista permite a reprodução do lucro em patamares sempre elevados.

É simples perceber que se o Direito do Trabalho não desempenhasse uma função capitalista importante sua estrutura básica já teria ruído. Toda a sua estrutura está em conformidade com o sistema, é aceita pelos detentores do poder e, conseqüentemente, atua no sentido da reprodução do capital.

Diante de todo o exposto é possível perceber que o Direito do Trabalho interessa diretamente ao empregador tanto quanto ao trabalhador, pois permite que sua lógica interna e os fatores concorrentes externos possibilitem a perpetuação do poder nas mãos das elites capitalistas. Tal afirmação, repita-se à exaustão, não quer significar a necessidade da ruptura do modelo protegido de relações trabalhistas, mas, sim, alertar à classe trabalhadora para que não aceite passivamente o discurso de culpabilização do Direito do Trabalho pelas crises sociais; que o sindicato assuma seu papel de ente responsável pela melhoria das condições de trabalho e de vida de seus representados; que o Estado brasileiro reconheça seu papel na promoção de justiça social e que o Poder Judiciário Trabalhista concretize os princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais.

Deve a classe trabalhadora compreender, em apertada síntese, o seguinte:

Não é verdade que o Direito do Trabalho inviabilize o investimento privado e que seja fator de desemprego. Ao contrário, como destaca Wilson Ramos Filho, quanto menor a precarização melhor o país lida com as crises econômicas.⁵³

Não existe no Brasil direito do empregador à dispensa sem justa causa. Toda e qualquer rescisão contratual será motivada, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Constituição da República, sob pena de nulidade e imediata reintegração, vista a regra do seu artigo 5º, parágrafo 1º.

Somente haverá dispensa por justa causa se precedida de procedimento administrativo interno que garanta ao empregado acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, considerada a presunção de sua inocência, nos termos do artigo 5º da Constituição da República.

⁵³ “Analisando os dados disponíveis, pode-se concluir que nos países que alteraram menos os níveis de garantias trabalhistas os efeitos da crise neoliberal foram menos intensos. Em contrapartida, nos países que aplicaram mais profundamente o receituário neoliberal de crescimento econômico pela via da precarização do Direito Capitalista do Trabalho, os efeitos da crise econômica neoliberal foram mais devastadores, como indicam os índices de recessão na União Europeia: a retração econômica (crescimento negativo do PIB) foi de menos 7% (sete por cento percentuais negativos) comparando o terceiro trimestre de 2009 com o terceiro trimestre de 2008, contra uma média de 4% na zona do euro e de 4,1% na média dos 27 países que compõem a União Europeia, responsável pela organização dos dados aqui tratados.” RAMOS FILHO, Wilson. “Direito Capitalista do Trabalho: histórias, mitos e perspectivas no Brasil.” São Paulo: LTr.,2012. Pág. 335.

A limitação de jornada a oito horas é direito de todo e qualquer empregado, sendo inconstitucional e abusiva a exigência rotineira de horas extras, nos termos do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República.

O “banco de horas” além de inconstitucional é imoral e afronta até mesmo o senso comum, pois não pode ser lógica ou jurídica a exigência ordinária (comum, corriqueira) de horas *extraordinárias*, sobretudo sem efetiva e qualificada contraprestação.

É inconstitucional toda e qualquer relação trabalhista terceirizada, com fundamento nos artigos 1º, 5º e 7º da Constituição da República, exceção feita ao trabalho temporário (Lei 6019/74), com garantia de remuneração isonômica. Em consequência todos os trabalhadores em um mesmo contexto fático deverão ser tratados igualmente no plano de seus direitos.

5. CONCLUSÃO.

Duas são as principais funções do Direito do Trabalho no contexto brasileiro, que não difere muito daquele dos demais países capitalistas: a função de *melhoria das condições de pactuação da força produtiva* e, em aparente oposição, uma *função capitalista*.

A função de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica é bastante conhecida e bem especificada por Maurício Godinho Delgado, em suas diversas obras. Como a denominação bem indica e permite fácil compreensão, é função do Direito do Trabalho possibilitar ao trabalhador inserção digna no mercado de trabalho, através da fixação de normas autônomas e heterônomas de caráter protetivo.

A função capitalista do Direito do Trabalho pode ser desenvolvida a partir da *função política conservadora* verificada pelo Professor Maurício Godinho Delgado e da *função econômica* do Direito Capitalista do Trabalho apresentada por Wilson Ramos Filho.

A função capitalista do Direito do Trabalho consiste na atuação do ramo jurídico especializado no sentido da preservação dos interesses patronais em concorrência com a proteção ao trabalhador empregado. Caracteriza-se pela manutenção do *status quo* através do discurso de “culpabilização do Direito do Trabalho” pelas crises econômicas, da ausência de concretização de Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas e da falência de direitos constitucionais sociais possibilitada por jurisprudência retrospectiva e equivocada do Tribunal Superior do Trabalho.

O Direito do Trabalho é, então, essencial para os trabalhadores e para os detentores do capital. No contexto brasileiro há, ainda, a necessidade de medidas políticas e jurídicas no sentido da maior efetivação da função de melhoria das condições de pactuação da força produtiva, vez que a função capitalista está óbvia e largamente implementada. Tais medidas, dentre outras, são o fim da terceirização (com sua preservação apenas nas atividades de vigilância), a democratização da gestão da

mão-de-obra, a efetivação dos direitos fundamentais no plano da relação de emprego e o cumprimento das regras constitucionais sociais trabalhistas.

É essencial, então, que os trabalhadores busquem, pelos diversos espaços políticos e sociais existentes, a plena equivalência fática entre as duas funções precípuas do Direito do Trabalho. É o que se espera.

6. Bibliografia.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.) *Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2007.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr., 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. “*Curso de Direito do Trabalho*.” 12. ed. São Paulo: LTr., 2013.

DINIZ, Eli. “*Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945*”. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

LEWIN, Helena, PITANGUY, Jacqueline, ROMANI, Carlos Manuel. *Mão-de-obra no Brasil: um inventário crítico*. Petrópolis: Vozes, 1977.

MACIEL JR., Vicente de Paula. “Equiparação Estrutural”. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, 2012, vol. IV.

NICOLADELI, Sandro Lunard, PASSOS, André Franco de Oliveira, FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *O Direito Coletivo, a Liberdade Sindical e as Normas Internacionais*. São Paulo: LTr., 2013. Vol I.

RAMOS FILHO, Wilson. “*Direito Capitalista do Trabalho: histórias, mitos e perspectivas no Brasil*.” São Paulo: LTr., 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio, *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. vol I, pág. 102.