

V Congreso Latinoamericano de Sociología del Trabajo

“Hacia una nueva civilización del trabajo”

18 al 20 de abril del 2007

Montevideo, Uruguay

Direito e mercado: a Justiça do Trabalho no Brasil

Karen Artur e Lígia de Barros Freitas – Doutorandas em Ciências Sociais pela UFSCar - Universidade Federal de São Carlos -São Paulo-Brasil.

Introdução

Este trabalho trata de um dos importantes espaços normativos das relações de trabalho no Brasil: a Justiça do Trabalho. As decisões dos tribunais trabalhistas, através de um debate entre direito e economia, normatizam conflitos individuais e coletivos do trabalho. Mais que simples preferências dos juízes, tais decisões revelam posições da instituição, as quais ocorrem em contextos sociais e políticos.

As decisões da Justiça do Trabalho permitem a existência dos mercados, providenciando legitimidade, estabilidade e difusão de formas institucionalizadas do trabalho (STRYKER, 2003). Juízes e ministros definem quais as práticas do mercado que são compatíveis com as noções de justiça da instituição e é em torno desses significados que os atores disputam a interpretação mais favorável. Essas noções de justiça vêm de uma visão do direito do trabalho como fonte de equidade para relações desiguais, mas também como fonte de flexibilidade, dadas as demandas econômicas. Assim, novas figuras do direito são criadas, no debate entre direito e economia. A jurisprudência trabalhista trabalha com a noção de subordinação, que é o elemento caracterizador do contrato de trabalho, para justificar a aplicação do direito do trabalho. Eis aí o elemento principal de previsibilidade da aplicação da tutela jurisdicional. Mas, é justamente em torno da flexibilidade da noção de subordinação que atores do mercado adotam práticas atípicas de contrato do trabalho (terceirizações, cooperativas, etc) as quais podem ser legitimadas ou não pela Justiça do Trabalho.

Não é apenas em torno da ampliação de possibilidades legítimas de adoção de contratos que os atores no mercado buscam a decisão da Justiça do Trabalho. Bens econômicos e sociais estão em questão nos litígios e para além deles (em direção a

definições sentidas da ordem política e jurídica). A jurisprudência consiste num conjunto de decisões resultantes de negociações de membros internos (profissionais do direito em geral) e externos ao Direito (indivíduos, organizações sindicais, empresariais, mídia), negociações que podem versar sobre vários temas que afetam o acesso a bens econômicos (exemplo: a decisão de que um determinado direito do trabalho expresso em dinheiro lhe é devido), não diretamente econômicos, que normalmente afetam a honra da pessoa ou empresa (exemplo: a decisão de que houve assédio moral na relação de trabalho e o que foi afirmado pelo autor da ação é “verdade”, segundo o poder de análise de uma terceira parte - a Justiça) e políticos (exemplo: a decisão que diz que negociar determinado direito em contratos coletivos é válido, na verdade, importa em uma determinada interpretação do ordenamento, a de que contratos podem prevalecer sobre a lei).

Neste artigo, apresentamos os resultados de pesquisas de mestrado sobre essa instituição do trabalho, as quais ocorreram em três frentes: 1) analisando a evolução da agenda de propostas legislativas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 1946 aos dias atuais, priorizando o processo da Constituinte de 1987/1988; 2) mostrando as posições assumidas nas decisões desse órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista Brasileiro frente às demandas econômicas pela licitude da terceirização e 3) apresentando as mudanças legais sobre a normatização de conflitos através da Justiça do Trabalho após a Constituição de 1988. Essas pesquisas foram realizadas através do estudo de bibliografia sobre direito e economia, análise de documentos oficiais e entrevistas com ministros.

Histórico dos debates políticos do TST

As alterações institucionais que ocorreram na Justiça do Trabalho em 1946, quando passa integrar os órgãos do Poder Judiciário¹, não modificaram de fato as suas características essenciais, pois permaneceu essa instituição contando com três órgãos hierárquicos². O órgão de cúpula passou a ser denominado de Tribunal Superior do Trabalho, permanecendo sua composição paritária, com membros em igual número

¹ Na época, alguns juristas passaram a designar esse momento, em que a Justiça do Trabalho deixa os quadros do Poder Executivo e entra para o Poder Judiciário, de judicialização.

² A Justiça do Trabalho que antes era composta por Conselho Nacional do Trabalho, Conselhos Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento, passa a ser composta por órgãos com as mesmas funções, mas apenas com outros nomes, são eles, respectivamente: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento.

representando os trabalhadores e os empregadores, como, aliás, em todos os níveis desta Justiça Especializada.

Neste período, até aproximadamente 1954, a Justiça do Trabalho foi alvo de severas críticas vindas de outros poderes, como do legislativo, e às vezes, do próprio judiciário, que desmereciam sua função primordial de conciliar interesses antagônicos da classe trabalhadora e do capital e desmoralizavam seus órgãos. Apesar dessas forças opositoras à afirmação do TST como órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal, desde o início reconheceu que aquele tribunal estava hierarquicamente no mesmo plano dos demais tribunais superiores de jurisdições especiais³. Reforçando esse posicionamento, o STF confirmava a maioria das decisões proferidas pelo TST.

Após 1954, precisamente após os pronunciamentos do STF, a Justiça do Trabalho firma definitivamente sua competência na área laboral. Juntamente com a valorização da instituição jurídica responsável pela resolução dos problemas referentes ao trabalho, ocorria também uma maior conscientização do operariado de seus direitos, fatores responsáveis, juntamente com o crescimento vivenciado no parque industrial e comercial do país, pelo crescimento vertiginoso do número de processos distribuídos, principalmente em seus órgão de base, ou seja, nas Juntas de Conciliação e Julgamento.

O volume crescente de processos também foi sentido pelo último grau de jurisdição desta Justiça especializada, que começou a acumular processos para serem julgados. Frente a essa situação, o TST começa a tomar algumas medidas para maior agilidade na prestação jurisdicional, como a distribuição dos juízes em turmas de julgamento. Por outro lado, os membros do TST apontam soluções que ajudariam a combater o problema: necessidade de código do trabalho, que agilizaria o tramite dos processos; a instalação de novos órgãos da Justiça do Trabalho; equipar melhor a estrutura já existente.

As reformas constitucionais ocorridas na mudança de regime, quando o país ingressou no período político da ditadura militar em 1964, consubstanciadas na Constituição de 1967, confirmaram a competência atribuída a Justiça do Trabalho pela Carta Magna de 1946, e tornaram irrecorríveis as decisões do TST, salvo quando ofendessem a Constituição Federal, único caso que caberia recurso para o STF. Ademais, o regime militar trouxe uma aparente valorização ao TST quando elevou o

³ Na época os outros tribunais superiores eram: Tribunal Federal de Recurso, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior Eleitoral.

número de seus juízes e passou a denominá-los de Ministros, nome já utilizado para juízes de outros tribunais superiores, e com o plano de extensão aprovado pelo governo no início da década de 1970, onde a Justiça do Trabalho triplicaria seu tamanho (FREITAS, 2006).

Temas como co-gestão, horário flexível, automação, que estão inclusos no que ficou conhecido como novas tendências do Direito do Trabalho, surgem no TST em meados da década de 70. Os pronunciamentos que trataram destes temas, visivelmente contrários a essas mudanças, apontavam que estas novas medidas eram conseqüências da privatização do Estado e que tenderiam esvaziar o conteúdo protecionista do direito laboral, transformando-o em um direito com finalidades econômicas, como já acontecia em outros países. Paralelamente a esses temas, em 1975, apareceu pela primeira vez no TST a preocupação com o desemprego. A questão do desemprego, neste primeiro momento em que surge, relacionava-se com “a necessidade de se utilizar a tecnologia, a informática e a cibernética a serviço e avanço da civilização, com a geração de empregos” .

Desde a judicialização da Justiça do Trabalho até 1978, estiveram presentes na pauta do TST, com grande notoriedade, as discussões sobre o poder normativo e sobre a jurisprudência. A respeito do poder normativo da Justiça do Trabalho⁴, apesar da Constituição de 1946 confirmar esse poder da Justiça do Trabalho, já que era exercido desde antes desta instituição passar fazer parte do Poder Judiciário, foram suscitadas dúvidas se a lei constitucional não deveria ser regulamentada. Alguns sustentaram que somente após a regulação da lei a Justiça do Trabalho poderia ser considerada legítima para ditar as regras nas demandas coletivas, principalmente as que tratassem, além da matéria de direito propriamente dita, das questões econômicas. O TST, apesar do consenso sobre a necessidade de preservar o poder normativo da Justiça do Trabalho, dividiu-se em duas correntes: os que defendiam que o poder normativo da Justiça do Trabalho era amplo, assim podendo ser exercido tanto nas lides de natureza econômica, aquelas onde o magistrado criaria normas e estabeleceria condições de trabalho, como nas causas de natureza jurídica; onde o juiz interpretando a lei ou a convenção coletiva iria declarar o direito numa situação concreta. A outra corrente defendia apenas o poder

⁴ Pode normativo é a função do magistrado de ditar regras quando as partes não se compusessem nos dissídios coletivos, devidamente interpostos perante seus órgãos.

normativo para as lides de natureza jurídica.⁵ As discussões sobre o poder normativo se mantiveram até o ano de 2004, quando uma emenda constitucional determinou uma profunda modificação no instituto, ponto que voltaremos mais adiante.

O outro tema muito discutido neste íterim, a jurisprudência, sempre foi defendida e relacionada com a idéia de não possuir caráter obrigatório, ou seja, o posicionamento uniforme e pacífico do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho não teria a força de vincular os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e as Juntas de Conciliação e Julgamento a julgarem da mesma maneira. Nos primeiros anos em que a Justiça do Trabalho passa a fazer parte do Poder Judiciário, a preocupação sobre o tema era firmar a jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho, principalmente para os casos onde a lei era omissa, onde ocorriam as lacunas da lei. Na década de 1950, a preocupação passa a ser em organizar os julgados, facilitando desta maneira a sua divulgação e a sua utilização. Finalmente, em 1969 passaram a serem editadas as súmulas, que consistiam no posicionamento uniforme dos Ministros do TST sobre a interpretação da alguma norma legal.⁶

Na década de 70, percebemos que os Ministros do TST começam a voltar maior atenções para a área propriamente jurídica, pois justamente nesta época há a preocupação em ampliar a edição das súmulas, que a nosso ver, significou o ápice da metodização da jurisprudência deste Tribunal⁷, bem como com medidas que auxiliassem na prestação jurisdicional mais eficiente e rápida, como por exemplo, a criação de códigos.

Em período subsequente, já na década de 80, entra na pauta da Justiça do Trabalho as discussões sobre os temas que deveriam fazer parte da nova Constituição Federal, que foi elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, a qual iniciou suas atividades em 1º de fevereiro de 1987. Nesse sentido, os assuntos que mais interessaram

⁵ As críticas que foram feitas ao Governo, a partir de 1965, quando este passou a determinar, por inúmeras normas, a alteração automática dos salários, com a finalidade de combater à inflação, estavam diretamente relacionadas com o poder normativo. Se até essa data a Justiça do Trabalho concedia reajustes salariais por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, levando em conta inúmeros aspectos para equilibrar o capital e o trabalho, através de seu poder normativo, a partir de então, o Governo procedia aos reajustes salariais através de complicadas fórmulas financeiras, até que em 1979 criou o salário móvel, onde o reajuste seria automático, segundo índices oficiais .

⁶ Desde antes da judicialização da Justiça do Trabalho já existiam súmulas, mas com o nome de prejudgados que, apesar de possuir força vinculante para as instâncias inferiores, raríssimas vezes foram utilizadas. Em 1982 houve a revogação dos prejudgados e, a partir da Constituição de 1988, os mesmos serviram de base para a elaboração dos enunciados, que apesar de não vincularam as instâncias inferiores orientavam as suas decisões. Atualmente, as discussões sobre a necessidade de súmulas vinculantes no TST voltaram ao centro das atenções.

⁷ Os números de súmulas publicadas pelo TST dão a dimensão do crescimento: em 1969, 19 súmulas; em 1970, 18 súmulas; sendo que em 1980, o TST já havia publicado 117 súmulas.

o meio jurídico trabalhista, em especial a cúpula da Justiça do Trabalho, o TST, foram os de duas ordens: 1) sobre a preservação de seus poderes, a ampliação de sua estrutura e a intervenção do Estado nas relações de trabalho 2) sobre a manutenção dos direitos individuais trabalhistas.

Com relação aos primeiros, percebe-se que a Justiça do Trabalho, na época de redemocratização, manteve em pauta os assuntos que sempre tiveram prioridade desde a judicialização. Neste sentido, verifica-se uma corrente majoritária dentro do TST que defendia o poder normativo. Além disso, havia os temas relacionados com sua organização interna, especialmente aqueles relacionados à sua eficiência, tais como: a ampliação no número de Ministros do TST; sobre as matérias que deveriam ser ou não da competência da Justiça do Trabalho; sobre a atuação dos juizes classistas; o aumento do número de Juntas de Conciliação e Julgamento e de TRT(s); a respeito da seleção dos juizes; a instituição de comissões extrajudiciais para solucionarem as questões que comportavam acordos; instituição de arbitragem.

Ainda, era predominante no TST a opinião no sentido de apoiar a intervenção estatal nas relações de trabalho. Com a defesa do predomínio do legislado sobre o negociado, o TST estava ao mesmo tempo também defendendo a extensão de sua área de atuação e a manutenção de seus poderes. Ademais, para eventuais defasagem das normas trabalhistas em relação aos fatos sociais, a Justiça do Trabalho defendia a utilização da jurisprudência e mudanças na legislação do direito do trabalho e processual.

Quanto aos assuntos classificados na segunda ordem, havia um consenso no TST que a Nova Constituição deveria garantir ao menos uma pauta mínima de direitos individuais do trabalho, principalmente pelo fato do país não contar com estruturas sindicais capazes de defender de forma ampla os interesses da classe trabalhadora. O direito individual que mais esteve em evidência foi o da estabilidade do emprego. Ao defender a implantação de mecanismos que garantissem a estabilidade no emprego, o TST estava simultaneamente se posicionando a favor de preservar o princípio da continuidade da relação de emprego e se opondo a novas tendências mundiais de flexibilização do Direito do Trabalho, que começavam a aparecer no país, como a intermediação de mão de obra. (FREITAS, 2006).

Outros direitos individuais que deveriam ganhar o foro constitucional, segundo o TST, eram: garantia do salário mínimo; imposição de limites de horas extras; idade

mínima permitida para trabalhar; proteção à maternidade; férias; jornada de trabalho; seguro desemprego.

Na contramão da tendência dos cientistas políticos, que na época de constituinte dedicaram-se exaustivamente aos assuntos de ao direito coletivo do Trabalho e ao direito sindical, o TST pouca atenção dispensou para assuntos envolvendo direito sindical e coletivo do trabalho.⁸ O tema de direito individual, menos vinculado à democracia política e mais à igualdade social e as formas de regulamentação de mercado predominaram na agenda do TST (FREITAS, 2006).

Contudo, estudos da ciência política sobre a regulamentação do mercado através do direito do trabalho cresceram na década de 90. Noronha e Artur (2005) comentam que a pauta da Assembléia Constituinte de 1988 mostra a consolidação de noções de justiça em torno da tradição jurídica do trabalho. No Brasil, a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 expandiu alguns direitos sociais e do trabalho e elevou outros direitos já previstos na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho - para a Carta Maior. O momento da realização da Constituição era um momento em que não havia scripts a serem seguidos, mas foi feita a opção por um modelo legislado trabalhista através de pressões de sindicalistas que mobilizaram a opinião pública. Tal qual a tradição jurídica trabalhista, popularmente, a relação de trabalho é vista como uma relação entre desiguais, necessitando, portanto, da tutela do direito do trabalho. Tal sentimento estava exacerbado na Constituinte pelo passado dos governos militares. Ao contrário da aposta no mercado, a expansão dos direitos do trabalho tinha forte fundamento de justiça comutativa, dada a história de privações e exclusões de direitos a que sindicalistas e trabalhadores haviam sido submetidos.

A abertura econômica reforçou idéias liberalizantes que haviam ganhado força no ocidente durante os anos 1980. A partir de então, a pauta social do período anterior foi contraposta a uma nova agenda, genericamente chamada de “desregulamentação”, sob o argumento da necessidade de adequação das empresas nacionais ao novo nível de exposição à competição internacional. A “flexibilização” é a antítese do princípio da indisponibilidade dos direitos que caracteriza o direito do trabalho, pois sua idéia mais radical implica em aproximar o direito do trabalho ao direito comercial, no qual os

⁸ O debate dos cientistas políticos brasileiros, na área do Direito do Trabalho, na época da redemocratização, enveredou-se para as questões sobre o funcionamento dos sindicatos e sua relação com Estado e com direitos trabalhistas que fossem sujeito de direito uma coletividade de trabalhadores. Em ambas as vertentes a atenção estava nos pontos onde a legislação era inadequada com o regime democrático e o quanto guardava do ranço corporativista da Era Vargas.

agentes têm plena liberdade contratual e não estão presentes os princípios de tutela e de indisponibilidade (ARTUR; NORONHA, 2005). Esse debate entre noções do direito do trabalho esteve presente, por exemplo, quando da normatização da terceirização pelo Tribunal Superior do Trabalho e quando da criação de novos meios de solução de conflitos do trabalho.

Novas formas de solução de conflitos

A arbitragem, as comissões de conciliação prévia (CCPs) e as mudanças no poder normativo da Justiça do trabalho são as principais mudanças na forma de solução de conflitos do trabalho adotadas no Brasil após a Constituição de 1988.

Em relação ao poder normativo, que se refere à competência dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) ou do Tribunal Superior do Trabalho (TST) para julgar dissídios coletivos, parte expressiva dos doutrinadores jurídicos não o consideram como função jurisdicional e sim *uma função legislativa*, por meio da qual, de forma atípica, o Poder Judiciário cria novas normas e condições de trabalho e não apenas declara a existência de determinada relação jurídica e aplica direito pré-existente (como no caso do dissídio de natureza jurídica). Assim, o poder normativo surge nos dissídios coletivos de natureza econômica, quando os tribunais do trabalho têm a possibilidade de estabelecer normas e condições de trabalho além daquelas estabelecidas em lei, as quais podem ser estendidas às categorias econômicas e profissionais envolvidas no litígio.

Podemos dividir, grosso modo, a história do poder normativo da Justiça do Trabalho em duas fases. Na primeira, tem-se a busca por consolidação deste poder como capaz de criar normas trabalhistas. Este período, que vai da incorporação da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, o que ocorreu com a Constituição de 1946, até início dos anos 90, foi caracterizado por intervenções do Poder Executivo *pari passu* ao STF no sentido de restrição do poder normativo, pois os tribunais tendiam a estabelecer reajustes salariais quando provocados. O poder normativo foi estabelecido de forma ampliada na Constituição de 1988⁹, dado o momento de expansão de direitos sociais e do trabalho e a prevalência da Justiça do Trabalho como a principal instituição solucionadora de conflitos. No momento da estabilização econômica e superação da

⁹ Art 114, par.2^o da CF/88: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho, estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.”

pauta de reajustes salariais no meio dos anos 90, em que teoricamente haveria a possibilidade de discussão nos tribunais de outras pautas, inicia-se a segunda fase do poder normativo, a qual é caracterizada pela minimização do poder normativo. Essa fase dá-se justamente quando o discurso da desregulamentação do direito do trabalho ganha força. A novidade, porém, é o próprio TST passa a efetivar medidas de restrição de instauração dos dissídios coletivos, através da exigência de requisitos formais. As justificativas dadas pelos ministros para essa postura do TST são duas: a) moralização, no sentido de que os requisitos passaram a exigir, por exemplo, quórum das assembleias, pois os sindicatos de grandes categorias estariam tomando decisões com “meia dúzia de trabalhadores”; b) entendimento de que a negociação coletiva seria o melhor método de solução de conflitos, pois as partes “sabem melhor de suas realidades do que os juízes” e, uma vez que elas encontraram a solução, isto representa “maior segurança de que será cumprida do que se for imposta”; c) excesso de dissídios e de cláusulas nos dissídios, o que os tornava impossíveis de serem julgados “em tempo célere”.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o procedimento para julgamento dos dissídios coletivos restou profundamente alterado: antes da promulgação da emenda, exigia-se apenas que fossem esgotadas as tentativas de negociação entre as partes para a instauração dos dissídios coletivos, com a emenda, a condição *para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica passou a ser a exigência de “comum acordo” entre as partes*¹⁰. Por essa razão, a atividade judicial desenvolvida no caso de ambas as partes se submeterem voluntariamente ao julgamento da Justiça do Trabalho *ganha o caráter de arbitragem pública*.

Atualmente tramitam perante o Supremo Tribunal Federal pelo menos cinco ações diretas de inconstitucionalidade¹¹, onde se questiona a validade do termo “comum acordo”, que torna obrigatória a concordância de ambas as partes para interposição do dissídio coletivo de natureza econômica, alegando-se que essa exigência afronta o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário. Teremos, então, a oportunidade de analisar argumentos do STF sobre a necessidade ou não do comum acordo para a instauração

¹⁰ Art 114, par.2º da Emenda Constitucional 45/04: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça de Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”

¹¹ Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é o meio para provocar o guardião da Constituição, o STF, a se manifestar sobre a validade do artigo da Constituição, originário ou alterado por Emendas Constitucionais, frente aos seus outros artigos e aos seus princípios.

de dissídio coletivo. Os ministros terão necessariamente que se prender a duas formas de argumentos: o formal, se a norma é constitucional ou não, e o consequencialista, ou seja, o que sua decisão acarreta para o modelo de relações de trabalho.

Como explicar essa mudança de tratamento do poder normativo, de defesa de sua manutenção, para defesa de sua extinção ou minimização? Sem dúvida, há um ambiente social favorável. Operadores do direito do trabalho, setores do sindicalismo e defensores do mercado financeiro estão em grande parte afinados com a efetivação da Justiça do Trabalho como arbitragem pública e não como intervenção pública.

Pesquisa de Elina Gonçalves Pessanha, Ângela de Castro Gomes e Regina Lúcia Morel, que acompanharam fóruns de discussões de profissionais do direito do trabalho, em especial dos juízes, mostra que grande parte mesmos estão *envolvidos com a idéia de extinção ou modificação do poder normativo desde que haja garantias de liberdade sindical*. As autoras também identificam a tendência, por parte de amplos setores do sindicalismo, no sentido de criar *formas alternativas de negociação coletiva e arbitragem*. (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2005).

Nossa pesquisa não abrange dados sobre a aplicação da arbitragem no país. A Lei 9.307 de 1996, juntamente com outros dispositivos legais, tratam da arbitragem, a qual se dá quando a fixação de solução do conflito é entregue *a um terceiro, em geral por elas escolhido*, sendo válida somente em direitos patrimoniais *disponíveis*. Defensores da arbitragem como um meio célere de resolução de conflitos, capaz de reduzir as reclamações trabalhistas, indicam um aumento do uso desse instrumento.

Roberto Grun mostra que, por intermédio da economia financeira, *novos critérios de legitimidade são transportados para a sociedade*. Entre esses critérios a idéia de vigilância sobre os atores econômicos (exemplo: o quanto a economia de um país está mal governada de acordo com os ditames da economia financeira). Essa vigilância do mercado torna-se instrumento de *eficiência e virtude pública*. De acordo com essa visão, *se os interesses privados dos operadores do mercado são atendidos, os interesses da nação também o são*. (GRUN, 2004). Neste sentido, todos os entraves para as ações financeiras devem ser eliminados. Dentre essas barreiras, a legislação trabalhista e a própria Justiça do Trabalho.

As CCP, outra forma de solução extrajudicial de conflitos, são previstas na Lei 9.958/00. São comissões de conciliação, com representantes de empregados e de empregadores, para tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Essas

comissões podem ser instituídas por grupos de empresa ou ter caráter intersindical. Os acordos feitos nestas comissões não poderiam ser submetidos à Justiça do Trabalho.

Na cartilha¹² editada pelo Ministério do Trabalho sobre as comissões, o ministro Francisco Dornelles afirma que as comissões seriam interessantes para o empregado porque “receberá rapidamente o que terá direito”; para o empregador porque se “livra de uma contenda judicial” e para a Justiça do Trabalho porque será “aliviada de boa parte dos processos”. São argumentos, portanto, que valorizavam positivamente a eficácia das decisões das comissões. Contrastando com o entusiasmo do ministro, a realidade dos anos que se seguiram foi de denúncias contra tais comissões, como atestam os artigos do jornal *Folha de São Paulo*¹³, a revista eletrônica do Ministério Público do Trabalho¹⁴ e as notícias do *site* do Tribunal Superior do Trabalho¹⁵. O Presidente do TST, na época, Ministro Francisco Fausto defendeu o fim das comissões de conciliação prévia em um Congresso em 2003¹⁶ diante das graves denúncias contras as mesmas. A partir de então, o TST em conjunto com os ministros do trabalho dos governos Fernando Henrique e Lula, com diferentes sindicatos e organizações empresariais e com o Ministério Público passaram a discutir a fiscalização das comissões de conciliação prévia. De um modo geral, nem o atual governo ou as entidades citadas querem o fim das comissões de conciliação prévia¹⁷. O próprio TST alterou sua posição pelo fim das comissões para a defesa de mudanças na legislação de forma a barrar quaisquer tentativas de proibir que a Justiça do Trabalho possa apreciar os acordos feitos nas comissões e de que sejam coibidos os abusos na remuneração dos conciliadores.

As diferenças de visão entre os atores econômicos envolvidos na discussão de mudanças institucionais aparecem quando as propostas de efetivação da negociação

¹² *Comissões de conciliação prévia*. Brasília: MTE, SRT, 2000.

¹³ Os artigos da *Folha de São Paulo*, no dia 27 de maio de 2002 tratam de denúncias dos trabalhadores contra as comissões de conciliação prévia, já que muitos deles foram forçados a realizar acordos desfavoráveis. Ver: *Trabalhadores se queixam de conciliações/“Tribunais” dizem seguir a lei/Centrals tentam regular atuação das comissões/Lei que cria arbitragem é inspirada em trabalho do Banco Mundial*.

¹⁴ www.mpt.gov.br.

¹⁵ Ver: www.tst.gov.br/noticias.

¹⁶ I Congresso Poder Judiciário e Efetividade da Justiça: a reforma do Poder Judiciário”, promovido pelo IDD – Instituto de Desenvolvimento do Direito, nos dias 13, 14 e 15 de março de 2003, em Ribeirão Preto-SP.

¹⁷ Segundo José Dari Krein, “Além de muitos sindicatos estarem convencidos da justeza da medida, uma outra razão que está contribuindo para a sua propagação é a concorrência que está se estabelecendo, entre as centrais sindicais, pelos trabalhadores, já que a lei permite a criação de núcleos de caráter intersindical; portanto, um sindicato pode fazer acordo de conciliação de membros de outras categorias que não têm CCP organizada”. Ver: *O aprofundamento da flexibilização das relações de trabalho no Brasil nos anos 90*. Dissertação de mestrado. Campinas: UNICAMP, 2001.

coletiva tendem a garantir um ambiente democrático e equilibrado entre as partes ou apenas a garantir um ambiente que se pretenda favorável a um mercado desregulamentado.

TST: normas para além dos dissídios individuais

Dentre a jurisprudência do TST, destacam-se as decisões em dissídios individuais que possuem uma capacidade de generalização para toda a sociedade – os enunciados e as orientações jurisprudenciais. Os enunciados e as orientações jurisprudenciais têm natureza cogente somente para aquelas ações que cheguem ao TST. Desse modo, os recursos previstos em lei e oriundos de tribunais inferiores serão decididos de acordo com a matéria que o enunciado ou as orientações jurisprudenciais determinam. A diferença entre essas duas formas de jurisprudência está no procedimento para sua formação. O enunciado exige aprovação pelo Tribunal Pleno. Já a orientação jurisprudencial tem um procedimento mais simples, que envolve a verificação, pela Comissão de Jurisprudência, da existência de um conjunto de decisões num determinado sentido, sendo que, se não houver manifestação contrária dos ministros, edita-se seu conteúdo. As orientações jurisprudenciais podem ser canceladas ou convertidas em Enunciados.

Os enunciados e orientações jurisprudenciais são justificados pelos ministros do TST com o argumento jurídico de que a missão constitucional dos tribunais superiores é uniformizar o entendimento e a jurisprudência acerca da melhor interpretação para o direito federal; o argumento de que é grande o número de recursos na área dos dissídios individuais, logo essas decisões também têm um papel prático para os juízes de facilitar a atuação jurisdicional e o argumento da necessidade de celeridade e previsibilidade nas decisões, argumento próprio de seminários sobre reformas no Judiciário estimulados pelo BID (Banco Internacional de Desenvolvimento). Ao falar sobre a importância dos enunciados e orientações jurisprudenciais para as relações de trabalho do país, os ministros argumentam que a) as mesmas representam a consolidação de uma obrigação e isso significaria segurança jurídica para as empresas e a sociedade, pois as empresas tenderiam a obedecer uma obrigação consolidada; b) teriam o papel não apenas de solucionar conflitos, mas um papel educativo de evitá-los.

Dentre os enunciados e orientações jurisprudenciais, destacam-se aqueles que limitam ou possibilitam a realização de negociações coletivas sobre direitos. Por exemplo, o direito de descanso intrajornada é possível de ser negociado? Infelizmente, não podemos apresentar os argumentos dos ministros sobre esse tema, mas observamos que há uma tendência entre os ministros de estímulo à negociação coletiva. Outro destaque é para decisões que criam novas configurações no direito do trabalho. Mesmo que os ministros neguem a capacidade de criação de normas via enunciados e orientações jurisprudenciais, eles afirmam que existem conceitos cujos delineamentos tomam forma com a jurisprudência dominante. O exemplo mais notório é da terceirização, do qual falaremos a seguir. O fato é que tais decisões, muito além de servirem para apenas os dissídios individuais, são mensagens para toda a sociedade sobre como o tribunal interpreta tal questão e sobre como ele se posiciona sobre o poder de outros atores sociais de negociarem direitos.

Normatizando a terceirização

No Brasil, houve a consolidação de uma vertente do direito do trabalho brasileiro que contribuiu para a legitimação do contrato de emprego como o principal contrato de trabalho existente na sociedade. Os critérios jurídicos que permitem ao juiz caracterizar a relação de emprego, estabelecida entre empregador e empregado, cujas definições estão nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁸, são: trabalho não eventual, prestado por uma pessoa física determinada (pessoalidade) em situação de subordinação, mediante uma contraprestação salarial (DELGADO, 2003, 287-301; NASCIMENTO, 2003, 167-170). Nos manuais, a subordinação é apresentada como um elemento objetivo de caracterização do contrato de trabalho e decorre da submissão do empregado ao poder de direção do empregador. Uma consequência importante da distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços é o reconhecimento do estatuto jurídico de subordinado e de protegido pelo direito do trabalho.

¹⁸ Art. 2º -“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”/ Art. 3º - “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

As inovações tecnológicas e organizacionais do trabalho foram utilizadas, numa perspectiva liberal, como argumentos para mostrar que o critério de subordinação já não seria mais pertinente para a verificação do contrato de trabalho, o que pode gerar interpretações da também não pertinência de aplicação do direito do trabalho. Em outra perspectiva, juristas intervencionistas trazem as interpretações de obras de autores internacionais (ALVAREZ; URIARTE, 2001 e SUPIOT, 2001) para mostrar que o debate europeu é sobre a medida da ampliação do direito do trabalho para novas formas contratuais.

A terceirização causou polêmica no meio jurídico por se apresentar como uma nova forma de contratação, diferente da tradicional relação empregado-empregado, e muito utilizada para fraudar o pagamento dos direitos trabalhistas. Os argumentos que foram difundidos pelos doutrinadores para a adoção da terceirização vão desde argumentos como eficiência empresarial, necessidade de combate ao desemprego, da desregulamentação do direito do trabalho até os que defendem a modernização do direito do trabalho, sem afastar suas normas e valores. Tais visões implicam em noções contratuais diferentes, uma tendente a considerar o contrato de trabalho como um contrato civil, que pode ser negociado pelas partes, bastando que haja alguma mudança econômica que justifique a negociação, e outra que o analisa como um contrato que deve seguir as interpretações das instituições jurídicas do direito do trabalho enquanto um direito social. Considerar o direito do trabalho como um direito social é considerá-lo como estando no âmbito público, onde as instituições e os atores sociais contam, onde as normas não são facilmente renunciáveis e onde a interpretação do direito do trabalho como um direito humano vem ganhando força com as convenções internacionais da OIT.

O TST, conciliando uma demanda econômica que pleiteava a ampliação das possibilidades de terceirização lícitas no país e uma demanda de indivíduos e sindicatos que exigiam a responsabilização das empresas prestadoras e tomadoras de serviços quando os trabalhadores terceirizados não recebiam seus direitos trabalhistas, o Enunciado 331/93 ampliou as possibilidades de terceirização para atividades meio, desde que inexistentes a subordinação direta e a pessoalidade, e estabeleceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de não pagamento das obrigações trabalhistas. Essa medida, portanto, ampliou as possibilidades legais de prestação de serviço por empresas. A evolução do debate e das decisões judiciais nos

anos recentes é particularmente ilustrativa do momento de ajustes normativos às novas práticas gerenciais e produtivas das empresas. O TST, ao mesmo tempo que atendeu às novas demandas empresariais relativas à ênfase nas atividades fins, resguardou (ao menos parcialmente) o pagamento das obrigações trabalhistas dos terceirizados através da responsabilidade subsidiária (ARTUR, 2004).

O direito do trabalho que buscava a “integração do trabalhador à empresa”, expressão muito repetida pelos juristas, e que apresenta como elementos centrais o contrato por prazo indeterminado e a subordinação jurídica a um só empregador, diante da terceirização, teve que passar a proteger o trabalho que muitas vezes acontece sob outras formas contratuais, como o contrato temporário, e onde a subordinação é diluída por vários empregadores. Para distinguir a terceirização lícita da terceirização ilícita, sem desmontar os elementos da “integração do trabalhador à empresa”, a terceirização passou a ser aceita apenas em atividade meio e desde que não houvesse a subordinação direta e a pessoalidade na prestação de serviços. Mesmo tendo a subordinação como elemento principal de caracterização do contrato de trabalho, e, por conseqüência, da terceirização ilícita, a jurisprudência utilizou-se de um novo conceito econômico, o de atividade meio, para conferir licitude à terceirização. Pode-se dizer, então, que um novo critério de constatação da subordinação existe no país: trabalho não realizado em atividade fim da empresa (ARTUR, 2004).

Além da necessidade de proteger o trabalhador terceirizado, de modo a estabelecer a responsabilização do tomador e do prestador de serviços, as entrevistas realizadas com ministros do TST e as decisões do tribunal mostram a existência de uma demanda econômica pela ampliação da terceirização. Nessa demanda, o setor financeiro, a Administração Pública e grandes empresas pleiteavam a ampliação da terceirização para as atividades meio. “Modernização”, “Competitividade”, “Geração de Empregos” foram os argumentos utilizados para a formação de uma jurisprudência que levou o TST a ampliar as possibilidades de terceirização lícita.

Vemos, portanto, que as discussões sobre a redefinição do escopo do direito do trabalho estão sendo iniciadas no país. A defesa da ampliação ou da redução do escopo de atuação do direito do trabalho a zonas fronteiriças entre o trabalhador subordinado e o trabalhador autônomo, onde o critério de subordinação jurídica torna-se mais difícil de ser aplicado é um ponto chave para acompanhar os debates entre posições liberais e intervencionistas. A prevalência de uma ou outra tendência está intimamente ligada ao debate sobre a flexibilização do direito do trabalho e à adoção de novas formas

contratuais. Neste debate, a terceirização esteve relacionada à “modernização”. Quando este termo passa a ser explicitamente considerado por alguns juristas como “precarização das relações de trabalho”, os argumentos de aceitação da terceirização passam a ser reavaliados.

Numa sociedade em que é presente a idéia de que é melhor ter menos direitos do que estar desempregado, o discurso de que é necessário gerar empregos através da terceirização foi amplamente veiculado no meio jurídico por economistas e juristas que se colocaram numa posição de ataque ao esquema institucional do direito do trabalho através da utilização de argumentos econômicos liberais. No TST, o enunciado 331 representa uma posição conciliatória de diversos interesses, aqui identificados como aqueles da Administração Pública, das empresas que demandavam a possibilidade da terceirização em atividade meio e dos sindicatos que demandam a proteção dos trabalhadores em relação às empresas prestadoras de serviços. Com isso, observa-se que forças políticas atuam no campo do direito, onde ocorre o debate doutrinário entre juristas e juízes que se posicionam a respeito das novas questões sociais, econômicas e jurídicas que são postas por diversos setores. Neste caso, a decisão do TST sobre a terceirização legitimou, mesmo que de acordo com seu esquema institucional, o mercado em rede.

Conclusão

Não basta entendermos o mercado de trabalho se não entendermos como ele é regulado nos diversos espaços normativos, os quais variam no tempo e no espaço social. Embora a Justiça do Trabalho, na figura do Tribunal Superior do Trabalho, vem se retirando dos dissídios coletivos, num discurso afinado com as demandas de grandes lideranças sindicais e do mercado e mesmo de cientistas políticos, isso não significa que essa instituição se retirou da normatização de conflitos individuais e que suas decisões não mais influem na regulamentação do mercado, prova disso são as decisões sobre a terceirização e mesmo a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre relações de trabalho e não apenas relações de emprego, ampliação consubstanciada na citada Emenda Constitucional 45/2004, cuja aplicação vem sendo discutida nos tribunais. Entender como essa instituição se reinventa frente às demandas políticas, sociais e econômicas e como ela se articula com os atores sociais e políticos, é o que buscamos.

Bibliografia

- ALVAREZ, Oscar Hernández e URIARTE, Oscar Ermida. Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, V.27. n.103. p.201-17. jul./set. 2001. n. 103, p. 201-217.
- ARTUR, Karen. *O TST e os Doutrinadores Jurídicos como Agentes de Novas Noções Contratuais do Trabalho. Um Estudo sobre a Terceirização*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos - SP, 2004. 114 p.
- _____. NORONHA, Eduardo G.. Reformas trabalhista e sindical: o que tivemos, o que se quer e o que se pode ter. In GROS, Denise (et al). *Empresas e grupos empresariais: atores sociais em transformação. IV Workshop Empresas, Empresários e Sociedade*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2005, p. 181-216.
- _____.; DE NEGRI, Fernanda; NORONHA, Eduardo. G. Custos do trabalho, direitos sociais e competitividade industrial in DE NEGRI, João Alberto (et al). *Tecnologia, Exportação e Emprego*. Brasília, IPEA, 2006, 161-202.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- COLLINS, Hugh. *Employment law*. Oxford, 2003.
- DEZALAY, Ives; GARTH, Bryan G. *The internationalization of palace wars*. Lawyers, economists and the context to transform Latin American States.. London: The University of Chicago Press, 2002.
- DIEESE. Taxa de Judicialização das negociações coletivas de trabalho no Brasil 1993-2005. *Estudos e Pesquisas*, Ano 2, n. 21, junho de 2006.
- FLIGSTEIN, Neil. Markets as politics: a political-cultural approach to market institutions. *American Sociological Review*, 1996, n. 61, p. 656-673
- FREITAS, Lígia Barros de. *Direito e Política na Constituição dos Direitos do Trabalho: A trajetória institucional do TST desde 1946 e seus debates doutrinários do último governo militar à Constituinte de 87/88*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Centro de

Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos - SP, 2006. 156p.

FOLHA DE SÃO PAULO. Trabalhadores se queixam de conciliações/"Tribunais" dizem seguir a lei/Centrais tentam regular atuação das comissões/Lei que cria arbitragem é inspirada em trabalho do Banco Mundial. São Paulo, 27 de maio de 2002.

GRÜN, Roberto. A evolução recente do espaço financeiro no Brasil e alguns reflexos na cena política. *DADOS –Revista de Ciências Sociais*. . Vol 47, N. 1, 2004, p. 5-48.

HALL, Peter A; TAYLOR, Rosemary C.R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova* N. 58, 2003, p. 192-223.

HIRSCH, Paul, STUART Michaels, RAY Friedman. "Clean models vs. dirty hands': Why Economics is Different from Sociology?", in *Structures of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, pp 39-56, 1990.

HOLLINGSWORTH, J. Rogers. Advancing the socio-economic paradigm with institutional analysis. *Socio-economic Review*_V1, n.1, Janeiro de 2003.

HORN, Carlos Henrique. Negociações coletivas e o poder normativo da Justiça do Trabalho. *DADOS*, VOL. 49, N.2, 2006.

KOERNER, Andrei. Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano. Trabalho apresentado no 5º Congresso da ABCP, a ser realizado em julho/2006, na Universidade Federal de Minas Gerais, em Belo Horizonte-MG.

KREIN, José Dari. *O aprofundamento da flexibilização das relações de trabalho no Brasil dos anos 90*. Dissertação de Mestrado. UNICAMP, 2001.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Comissões de conciliação prévia*. Brasília: MTE, SRT, 2000.

GOMES, Ângela de Castro; MOREL, Regina Lúcia; PESSANHA, Elina Gonçalves. Direito (s) e Justiça do Trabalho no contexto da reforma sindical. *Revista da ANAMATRA*. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Brasília, v. 48, 2005.

NORONHA, Eduardo G. *Entre a lei e arbitrariedade: mercado e relações de trabalho no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2000.

- _____ “*Informal*” Ilegal, Injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Nov. 2003 Vol. 20, nº 53.
- NOTÍCIAS DO TST. TST firma precedente sobre condição para dissídio coletivo. www.tst.gov.br. 26/09/2006.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.
- STRYKER, Robin. Mind the gap: law, institutional analysis and socioeconomics. *Socio-Economic Review* (2003) 1, p. 335-367.
- SUPIOT, Alan. *Beyond Employment. Changes of work and the future of Labour Law in Europe*. Oxford University Press, 2001.
- THÉRET, Bruno. Instituições: entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, N. 58, 2003.