

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

Walter Oliveira

O Judiciário legisla?

**O uso da jurisprudência como lei: o caso da súmula 331 do
Tribunal Superior do Trabalho.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política.

Orientadora: Professora Doutora Maria Izabel Noll

Porto Alegre

2015

CIP - Catalogação na Publicação

Oliveira, Walter

O Judiciário legisla? O uso da jurisprudência como lei: o caso da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho / Walter Oliveira. -- 2015.
182 f.

Orientador: Maria Izabel Noll.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Poder Judiciário. 2. Justiça do Trabalho. 3. Terceirização. 4. Jurisprudência Política. I. Noll, Maria Izabel, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo ensino público, gratuito e de qualidade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política sem os quais esse trabalho de tese não seria possível.

Aos colegas da Ciência Política pelos momentos convividos, franco debate e respeito às diferenças.

À Professora Doutora Maria Izabel Noll, pela segura orientação deste trabalho de tese.

Aos Professores Doutores Fabiano Engelmann, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS, Lorena Holzmann, do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, e Mercedes Maria Cánepa, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS, pelo aceite ao convite para participar da banca de defesa desta tese.

À minha companheira Beatriz e aos meus filhos André e João Vítor, pelo apoio e compreensão que me emprestam no dia a dia.

RESUMO

Busca-se no presente trabalho examinar o papel do Poder Judiciário no sistema político e sua relação com os demais poderes. O Poder Judiciário tem alguma influência na definição das escolhas políticas do governo, especificamente quanto à política econômica adotada? O judiciário legisla? Para responder a essas questões, estuda-se o sistema judiciário brasileiro e particularmente a função da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST, especificamente quanto à formação da súmula 331 do TST na regulação da terceirização de serviço e mão de obra no Brasil evidenciando o uso da jurisprudência à solução de conflitos de interesse no que diz respeito a esse fenômeno. Portanto, na prática, o entendimento consolidado do TST, por meio de sua jurisprudência, regula a terceirização de serviços e mão de obra no Brasil, em vez de lei em sentido estrito. Deliberadamente, a jurisprudência dos tribunais superiores tem substituído à lei. Essa jurisprudência tem acompanhado a orientação da política econômica adotada pelo Poder Executivo Federal, e nesse sentido pode-se chamá-la de “Jurisprudência Política”.

Palavras chave: Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Terceirização. Jurisprudência Política.

ABSTRACT

Search up in this study to examine the role of the judiciary in the political system and its relationship with the other powers. The judiciary has some influence in setting government policy choices, especially as regards the economic policy adopted? The judicial legislation? To answer these questions, we study the Brazilian judicial system and particularly the role of case law of the Superior Labor Court -TST, specifically regarding the formation of the scoresheet 331 of the TST in the regulation of service outsourcing and labor in Brazil evidencing use of case-law to resolve conflicts of interest with regard to this phenomenon. Therefore, in practice, the consolidated understanding of the TST, through its case law, regulates the outsourcing of services and work hand in Brazil, rather than the law strictly. Deliberately, the jurisprudence of the higher courts have replaced the law. This jurisprudence has followed the guidance of the economic policy adopted by the federal executive branch, and in that sense one can call it "Political Jurisprudence".

Keywords: Judiciary. Work justice. Outsourcing. "Political Jurisprudence".

A ascensão da Justiça à última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias.

Ingeborg Maus *in* Judiciário como Superego da Sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 1 – Modelos explicativos	28
1.1. Introdução. 1.2. Conjuntura política e econômica. 1.3. Alguns modelos explicativos do papel do Judiciário. 1.3.1. Escolha racional. 1.3.2. Veto <i>player</i> (o poder de veto do Judiciário). 1.3.3. Jurisprudência política. 1.3.4. <i>Path Dependence</i> . 1.3.5. Judicialização.	
Capítulo 2 – A Trajetória do Judiciário	62
2.1. Introdução. 2.2. Evolução histórica do Poder Judiciário no Brasil. 2.2.1. A Constituição da República de 1988. 2.2.2. A Emenda Constitucional 45/2004. 2.2.3. O orçamento do Poder Judiciário. 2.2.4. O Supremo Tribunal Federal.	
Capítulo 3 – O fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra	102
3.1. Introdução. 3.2. O fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra no mercado de trabalho na década de 1990. Conceito e finalidade. Atividade-fim e atividade-meio. 3.3. Normas Internacionais do Trabalho acerca da terceirização. 3.4. Efeitos da terceirização nos contratos de trabalho. 3.5. Perspectivas da terceirização no Brasil. 3.6. Conclusão.	
Capítulo 4 – A Justiça do Trabalho e a sua jurisprudência	132
4.1. Introdução. 4.2. A Justiça do Trabalho e o seu poder normativo. 4.3. A terceirização de serviços e de mão de obra e o Enunciado de súmula 331 do TST.	
Conclusão	163
Referências bibliográficas	168

Introdução

A tese que se apresenta neste trabalho é a do uso da jurisprudência dos tribunais superiores para solucionar conflitos de interesses entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado, porque ausente lei em sentido estrito. A questão principal é saber se essa ampla utilização da jurisprudência está além da interpretação e aplicação da lei na solução do caso concreto ou se está criando direito novo por obra do Poder Judiciário.

O problema central é: o Judiciário legisla? Os tribunais tem aptidão para criar o direito, isto é legislar em sentido lato? Outras questões correlatas: por que isso vem ocorrendo? Esse uso da jurisprudência caracteriza fenômeno novo? Tem a ver com a expansão do papel do Judiciário no sistema político?

As respostas a essas e outras questões demandam conhecer o funcionamento e o papel do Poder Judiciário no sistema político brasileiro. No Brasil, estudos e pesquisas envolvendo os poderes Executivo e Legislativo ocorrem há mais tempo e com mais intensidade desde o processo de democratização de nossas instituições políticas iniciado em meados dos anos 1980. Estudos analíticos e sistemáticos sobre o Poder Judiciário nos anos 1990 orientaram-se pela pesquisa do fenômeno da judicialização da política. A publicação de estudos de pesquisadores de diversos países, como é exemplo o livro *The Global Expansion of Judicial Power*¹ é alento para essas novas pesquisas e abordagens sobre o Judiciário. Existem diversas avaliações, ponderações e explicações à atuação do Judiciário no sistema de governo, para além da mera atividade do juiz de aplicar a lei ao caso concreto que precisam ser conhecidas e examinadas, e isso, por si, justifica este estudo do sistema judicial brasileiro.

Uma dessas dimensões, identificada por Shapiro (2002) como jurisprudência política, tem nas súmulas dos tribunais o núcleo dessa jurisprudência, colocando, desse modo, os juízes como atores políticos. Jurisprudência política porque expressa a força da criação do Direito em paralelo e às vezes em substituição ao legislador. Assim, explorar a jurisprudência e a sua força política é o que se propõe neste trabalho, ou seja,

¹ O livro *The Global Expansion of Judicial Power*, editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, e publicado em 1995, é referência essencial para pesquisas que tenham por tema o Poder Judiciário.

examinar a súmula editada por Tribunal Superior enquanto expressão de determinada jurisprudência que por sua vez é aplicada na solução de conflitos de interesses em substituição à lei. No caso deste trabalho, tratar-se-á do enunciado da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que permitiu a contratação de pessoal por empresa interposta sem o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços, tendo por efeito prático a terceirização de serviços.

Importa, desde já, fixar noções básicas de alguns elementos da pesquisa que vai relatada nesse trabalho, tais como súmula, Poder Judiciário, Justiça do Trabalho e terceirização de serviços.

A palavra súmula deriva do Latim *summa* e significa resumo. Juridicamente trata-se do conjunto das decisões dadas às questões de Direito pelos tribunais superiores, ou seja, a interpretação reiterada dos tribunais da lei nos casos submetidos ao seu julgamento. A jurisprudência tem origem no sistema jurídico inglês da *common law* caracterizado pela regra do precedente aplicado ao caso concreto (*case law*). A palavra jurisprudência deriva do Latim *jus* (justo) e *prudencia* (prudência), e significa o conjunto de decisões, aplicações e interpretações da lei feitas pelos tribunais a respeito de determinada matéria.

A Constituição (art. 2º) define o Judiciário enquanto poder de Estado e estabelece: **“São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”**. Montesquieu² popularizou a técnica da separação de poderes do Estado considerada desde a antiguidade com Aristóteles. Modernamente, John Locke dividia o poder em Legislativo, Executivo, Federativo e de Prerrogativa, sendo a função judicial incluída no Legislativo. Para Montesquieu **“pelo primeiro (Legislativo), o príncipe ou o magistrado faz as leis para certo tempo ou para sempre e corrige ou *ab-roga* as que estão feitas. Pelo segundo (Executivo) faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne as invasões. Pelo terceiro (Judiciário) pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado”**³.

A organização dos poderes do Estado ou a função própria dos poderes são: a) Legislativo, com o poder de criar leis, a fiscalização contábil,

² Montesquieu, Charles Louis de Secondat. O Espírito das Leis. Universidade de Brasília, 1982.

³ *Ibidem*, p. 211.

financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo; b) Executivo, com o poder de governar e administrar o Estado; e c) Judiciário, com o poder de aplicar a lei ao caso concreto (julgar). Todavia, Legislativo, Executivo e Judiciário também realizam funções secundárias como o poder de administrar as casas legislativas e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, do Legislativo; o de administrar os tribunais e estabelecer suas normas de funcionamento, do Judiciário; e o de julgar a aplicação de impostos e taxas e editar Medidas Provisórias, do Executivo.

Para Rogério Arantes⁴ os autores da constituição americana de 1787 foram influenciados por Montesquieu mais nos mecanismos de controle do que na independência dos poderes porque temiam a tirania da maioria sobre a minoria. A nossa primeira constituição republicana de 1891⁵ sofreu forte influência da constituição norte-americana e do seu modelo federalista, com o nome de “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, e adotou o controle judicial de constitucionalidade (arts. 59 e 60), exercido pelo Judiciário.

O Judiciário é um dos três poderes do Estado com a função de interpretar as leis elaboradas pelo Legislativo e promulgadas pelo Executivo.

O art. 92 da atual Constituição da República dispõe:

São órgãos do Poder Judiciário: (EC n. 45/2004) I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça;

⁴ Segundo Rogério Bastos Arantes, “no autor de O espírito das leis os americanos buscaram mais os mecanismos de controle do que de independência entre poderes. Por quê? Porque a reconstrução institucional do país tinha um problema mais sério a considerar do que a remoção de qualquer entulho absolutista. Os americanos estavam diante do risco mais indesejável de um Estado constitucional e relativamente aberto à participação do povo: a tirania da maioria sobre a minoria. Nos clássicos artigos federalistas é forte a idéia de que a independência entre os poderes só é viável se se desenvolverem mecanismos de controle entre eles. E os americanos deram o melhor exemplo nesse sentido. O medo da tirania da maioria tinha base real na experiência recente de caos econômico e financeiro que afligia o país. O ponto máximo parece ter sido quando os Legislativos estaduais passaram a decretar perdão para dívidas de agricultores falidos, muitas vezes anulando decisões judiciais favoráveis aos credores. O governo popular podia produzir situações desse tipo, em que maiorias eleitas pelo voto ameaçassem o direito de propriedade de outros por meio do Poder Legislativo. A questão, portanto, não era evitar a tirania de um, a absolutista, mas a tirania de muitos, a democrática. Toda a atenção dos constituintes americanos voltou-se então para o controle do Parlamento e a necessidade de limitar sua voracidade legislativa, oferecendo a Constituição como parâmetro. Como eles perceberam, como poucos, que a presença de governantes ilustrados e talhados no respeito à Constituição deve ser considerada uma contingência do processo político — particularmente em governos populares —, trataram de garantir a superioridade da Constituição por meio da atribuição do controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário”, disponível em:

http://novosestudios.org.br/v1/files/uploads/contents/88/20080627_judiciario_e_democracia.pdf

⁵ O artigo 15 dispõe: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

II – o Superior Tribunal de Justiça;
III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI – os Tribunais e Juízes Militares;
VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.
§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.
§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

A Justiça do Trabalho (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho), tem por função conciliar e julgar os conflitos de interesses entre trabalhadores e empregadores, e as ações que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive as coletivas.

Foi criada como parte do projeto político que tinha por finalidade resolver a intrincada questão social⁶ por meio de intervenção do Estado no mundo do trabalho. Em contraponto às lutas dos trabalhadores pelo reconhecimento dos direitos trabalhistas, os empresários sempre ofereceram tenaz resistência, envolvendo-se diretamente em profundos e extensos conflitos. Para mitigar isso, já na década de 20 criou-se o Conselho Nacional do Trabalho e a regulamentação de alguns direitos que a “legislação trabalhista do pós-30 reafirmaria e estenderia”.⁷

A Justiça do Trabalho atua para resolver conflitos de interesses decorrentes das relações de trabalho, caso provocada, e a decisão judicial correspondente pode alterar as condições de trabalho ajustadas entre empregador e empregado. Portanto, no âmbito da Justiça do Trabalho operam grupos de interesses dos trabalhadores e empregadores nos dissídios individuais e coletivos, estes últimos, por meio de suas representações sindicais. Os empregadores, geralmente demandados na Justiça do Trabalho, em pesquisa realizada por Bolivar Lamounier, Maria Tereza Sadek e Armando Castelar Pinheiro, encontraram interessante resultado, porque parte dos

⁶ A aceleração do processo de industrialização no Brasil a partir da década de 1910 teve por efeito a organização do movimento operário de reivindicação junto a empresários e políticos de algum tipo de proteção ao trabalho e a criação de uma legislação social no país. Entretanto, somente a partir de 1930 essa legislação passou a ser implementada na área trabalhista e previdenciária. Fonte: FGV/CPDOC disponível em <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/QuestaoSocial>

⁷ Maria Hermínia Tavares de Almeida ressalva: “Hoje em dia, ninguém mais pensa que a legislação trabalhista tenha constituído doação antecipatória, fruto de descortínio dos vencedores da Revolução de 30. As pesquisas realizadas recentemente revelam com clareza um fato óbvio: tudo que se obteve com o governo Vargas foi objeto de muita mobilização e muita luta. E, em alguns casos, já era direito adquirido na década de 20”.

empresários respondentes da pesquisa classificaram o desempenho da Justiça do Trabalho como ótimo. Uma explicação para esse resultado é que muitas firmas se valem da morosidade dos tribunais do trabalho para pressionarem os trabalhadores a aceitarem um arranjo negociado em disputas trabalhistas.⁸ Isso mostra com clareza a natureza dessa justiça, politizada por excelência porquanto convergem a ela questões cruciais do capital e trabalho, do nível de emprego, salários, e em última análise com a economia do país.

No que diz respeito à criação de normas pelo Judiciário, Fernando Teixeira da Silva (2013)⁹ observa que a função primeira da Justiça do Trabalho era a da conciliação dos dissídios coletivos e quando as partes não chegavam a um acordo os juízes do Tribunal do Trabalho estipulavam as normas coletivas por força do poder normativo que detinham. Nesse contexto, a Justiça do Trabalho necessariamente judicializa a política porque açambarca os conflitos coletivos e individuais entre trabalhadores e empregadores, decorrentes das relações de trabalho e os traz à arena judicial estatal, com a responsabilidade, quando provocada, de examinar demandas de aumentos salariais e demais condições de trabalho, o que afeta a política econômica do governo, ocupando-se na prática “com o ambiente político e institucional”¹⁰ do processo político.

⁸ Judiciário e Economia no Brasil – Armando Castelar (org.), Rio de Janeiro 2009. Disponível em: file:///C:/Users/Walter/Desktop/Ded%C3%A9/Pastas%20do%20Ded%C3%A9/Downloads/CASTELAR_Judiciario_e_economia_no_Brasil.pdf

⁹ Para Fernando Teixeira da Silva “O debate em torno do poder normativo remonta às origens da justiça do Trabalho, quando, na década de 1930, havia duas posições bem distintas sobre a jurisdição e a abrangência das cortes trabalhistas. Uma, que podemos chamar de civilista – vinculada à tradição da *civil law* -, representada por Waldemar Ferreira, deputado e catedrático de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que não admitia a existência do poder normativo. De acordo com a tradição da teoria da divisão de poderes, tal poder faria o Judiciário exorbitar de suas funções, ultrapassar sua jurisdição, invadindo a esfera e as atribuições do Legislativo, ferindo disposições constitucionais. Caberia à Justiça do Trabalho tão somente julgar; ou, segundo formulação mais lapidar, os juristas deveriam ser 'estudiosos da ciência de *aplicar o direito*, não da *arte de criá-lo*'. Em suma, essa perspectiva faz valer o primado da norma legal em base exclusivamente legislativas e do princípio do direito positivo, escrito. Outra posição, diametralmente oposta e capitaneada por Oliveira Vianna, entendia que estamos diante de uma Justiça especial em que, nas palavras de outro intérprete, o 'juiz cria o direito', de modo que a sentença judicial deveria ter caráter normativo, com poder de reajustar salários e estipular condições de trabalho. Nos dizeres de um acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), 'o juiz funciona como legislador e tem ampla liberdade para criação da norma que, teoricamente, vai constituir lei para a categoria'. Deve-se ressaltar, então, que o juiz apenas 'legisla' sobre as demandas que lhe são apresentadas, diferendo assim do legislador ordinário.”

¹⁰ Ernani Rodrigues de Carvalho refere que para o jurista norte-americano “Bernad Schwartz (1966), a capacidade de o Judiciário intervir ou ser mais presente na vida política está diretamente ligada ao grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que essa instituição (o poder Judiciário) tem perante o público.” *In* Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociologia e Política, Curitiba, Vol. 23, p. 115.126, nov/2004.

Teixeira da Silva¹¹ aduz que o papel político da Justiça do Trabalho sobressaísse na medida em que é disputada “**pelos movimentos, demandas e articulações políticas de empresários, trabalhadores e seus sindicatos**”. Nesse sentido, conforme examinado na minha dissertação¹², o que distingue a Justiça do Trabalho é essa capacidade de solucionar os conflitos coletivos de trabalho (dissídios entre sindicatos de trabalhadores e empregadores) criando direitos e condições de trabalho. Logo, é da própria natureza da Justiça do Trabalho que os seus tribunais “criem” direitos como se legisladores fossem, ainda que demandados por isso.

Todavia, essa “criação” do Direito no seu aspecto formal está adstrita a um direito material, real, caracterizado pelas lutas sociais. Por exemplo, o Movimento Tenentista do início do século XX tinha entre suas reivindicações a instituição da Previdência Social, da Legislação Trabalhista, e criação da Justiça do Trabalho.¹³ Desse modo, a Justiça do Trabalho antes de ser uma peculiaridade restrita ao campo jurídico é um fenômeno político, tendo por substrato material o movimento e as lutas dos trabalhadores brasileiros, do final do século XIX e início do século XX, e parte fundamental de um projeto de desenvolvimento nacional.

Campos Batalha¹⁴, diz que o enfoque inicial do problema da Justiça do Trabalho no Brasil deu-se no ensejo de sua organização, como órgão não integrante do Poder Judiciário, mas ao qual se pretendia atribuir funções nitidamente jurisdicionais. O debate inicial focava o caráter genérico e abstrato da sentença normativa, fixando regras para o futuro, novidade à manifestação de órgão jurisdicional à época, porque, na tradição republicana, o juiz estava limitado ao pronunciamento do direito apenas *in specie e inter partes*. Referindo-se à memorável polêmica entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira,

¹¹ Fernando Teixeira da Silva pondera ainda que a atuação da Justiça do Trabalho “ganhou enorme projeção justamente nos 15 meses que precederam o golpe porque cumpria papel estratégico nas políticas e nos projetos que tentavam domar o avanço do processo inflacionário”, *in* A Justiça do Trabalho e sua História: os direitos dos trabalhadores no Brasil. Orgs: Angela de Castro Gomes e Fernando Teixeira da Silva – Campinas. SP, Ed. Unicamp, 2013, pp.203/204.

¹² Dissertação de mestrado de Walter Oliveira intitulada “Poder Normativo da Justiça do Trabalho: direito formal da classe trabalhadora brasileira”, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000502449&loc=2006&l=b16a6a462baf587f>

¹³ GOMES, Ângela de Castro. A Invenção do Trabalhismo. Editora Revista dos Tribunais; Rio de Janeiro, IUPERJ, 1988, pp. 192/193.

¹⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, volume I, Ed. LTr, 3ª edição, 1995, pp.239-241.

diz que ela contribuiu para o esclarecimento da matéria, e Oliveira Vianna dizia que os conflitos coletivos de trabalho podiam interessar a toda uma categoria profissional e, até mesmo, categorias conexas, dentro de um mesmo ciclo de produção, e também interessar somente a um determinado grupo de trabalhadores de uma empresa, de uma fábrica ou um estabelecimento. Nessa lógica, caso um conflito interesse a um grupo de trabalhadores, representando uma comunidade definida de interesses e não apenas a soma material de indivíduos, o conflito será considerado coletivo e, nessa hipótese, a sentença (normativa) do juiz, na decisão dos conflitos coletivos, poderia ser aplicável aos casos futuros envolvendo, assim, outros interessados que não participaram do litígio nem da ação. A decisão, nesse caso, tem caráter constitutivo e não declaratório, não se aplicando o princípio jurídico-processual da não modificação da coisa julgada. Por outro lado, observa que Waldemar Ferreira entendia que a Justiça do Trabalho não tinha uma função nitidamente jurisdicional, não podendo modificar os contratos de trabalho, individuais e coletivos, estabelecendo normas gerais sobre eles, que isto era competência, privativa do Poder Legislativo, como estava inscrito no artigo 5º, XIX, *i*, e no artigo 39, VIII, *e*, daquela Carta Política (Constituição de 1934), ponderando: *“que, entretanto, possa a lei delegar-lhe (ao juiz do trabalho) função nitidamente legislativa de modo a poder ditar normas extensivas a outras pessoas, estranhas à lide, e, mesmo, ao conjunto de pessoas constituintes de certa categoria profissional, não é coisa que se não possa admitir no regime político em vigor. Entre os princípios constitucionais dominantes está o da delegação de poderes legislativos a órgãos administrativos e, até, a órgãos não estatais, a pessoas jurídicas de direito privado, investidas de funções públicas. Sendo assim, fora de propósito não é que a delegação se faça a órgãos judiciários”*.

Essa questão é crucial à demonstração da proposição do poder legislativo do Judiciário. No caso da Justiça do Trabalho criada como lócus à resolução dos conflitos e das disputas de forças políticas antagônicas do mundo do trabalho não é estranha à atividade de ente estatal, diverso do legislativo, produzir normas de regulação das relações de trabalho. Destaca-se ainda a localização inicial da Justiça do Trabalho como órgão administrativo vinculado na estrutura do Poder Executivo. Com a Constituição de 1946 a

Justiça do Trabalho passa a integrar a estrutura do Poder Judiciário, sem deixar, contudo a sua marca de nascer de arena política por excelência.

Durante o governo Roosevelt, nos Estados Unidos, ocorreu algo semelhante. Naquela época, as relações de trabalho foram reguladas, como instrumento básico de ação do *New Deal*, pela Agência Administrativa Federal *National Labor Relations Board* (NLRB), criada por força do *National Labor Relations Act*, lei de 1935. Essa semelhança não é mera coincidência como demonstra Flávio Limonic¹⁵ quando da breve passagem de Roosevelt pelo Rio de Janeiro a caminho de Buenos Aires para participar da Conferência Pan-Americana de Paz, em 1936: “Despeço-me esta noite com grande tristeza. Há algo, no entanto, que devo sempre lembrar. Duas pessoas inventaram o New Deal: o presidente do Brasil e o presidente dos Estados Unidos”¹⁶.

No Brasil, o limite da Justiça do Trabalho era a execução de suas próprias decisões, porque embora com o nome “justiça” era órgão administrativo vinculado ao Poder Executivo. Nos Estados Unidos isso também era um problema. Com a edição da *National Labor Relations Act* (NLRA), de 05.7.1935, foi criada nova agência administrativa, com poderes quase judiciais, porquanto suas decisões deveriam ser revistas pelas cortes de apelação e, em última instância, pela Suprema Corte. Importa referir ainda, essa agência detinha poderes para normatizar o que entendia como práticas ilegais dos empregadores e executivo, porquanto aplicava seus estatutos sobre as empresas.¹⁷

Esse breve esboço comparativo serve à explicação da natureza política dessas agências administrativas vinculadas ao Poder Executivo e com características de Poder Judiciário. Nos Estados Unidos, as normas e decisões administrativas da *National Labor Relations Board* eram desconstituídas pelo Poder Judiciário em nome da liberdade e autorregulação dos mercados.¹⁸ No

¹⁵ Flávio Limonic afirma que o Poder Judiciário norte-americano “impôs restrições efetivas à expressão política e às formas organizativas dos trabalhadores. O princípio fundamental que norteava a ação do judiciário na normatização das relações de trabalho era a liberdade de contrato”. Em relação ao New Deal o governo Roosevelt “deixou de lado a estratégia de centrar a recuperação da economia em ações que envolvessem a cooperação das grandes corporações e adotou medidas de caráter regulatório sobre os mercados, como o mercado de trabalho”.

¹⁶ Referência da fonte que consta do livro de Flávio Limonic “Inventores do New Deal – Estado e sindicato no combate à grande depressão”, p. 251, nota 253.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Conforme refere Flávio Limonic na sua tese de doutorado com o título de “*New Deal*. Estado e Sindicato nos Estados Unidos dos Anos 1930”, defendida em 2003, que ao “longo de todo o século XIX,

caso do Brasil, parece que foi diferente. A transmutação da Justiça do Trabalho, a partir da Constituição de 1946, de agência administrativa vinculada ao Poder Executivo para o Judiciário reforçou o seu papel de vez que suas decisões passaram a ser judiciais e executadas no seu próprio âmbito. Além disso, a primazia do Poder Judiciário Trabalhista de conferir soluções aos conflitos políticos e econômicos entre trabalhadores e empregadores caracteriza a judicialização desse aspecto da dinâmica social.

Assim, a Justiça do Trabalho embora integrante do sistema judicial brasileiro se diferencia dos demais ramos judiciais, por ter esse fundamento específico de intervir para regular as relações de trabalho no país. É uma justiça diferente, distinta, calcada na dinâmica das relações sociais, mormente a que diz respeito ao mundo do trabalho, mas também da intervenção do Estado no domínio econômico. Ao se institucionalizar tornou natural, pelo menos para si, a judicialização da política das relações sociais, sempre e cada vez mais demandada a oferecer soluções para os conflitos entre capital e trabalho. Conforme se observa da tabela 1, o incremento do número de ações trabalhistas ajuizadas na Justiça do Trabalho (agrupado por decênio) desde a sua criação foi crescente, significando a sua importância na solução dos conflitos trabalhistas. Há períodos em que é mais demandada e outros em que é menos e essa variação pode ser explicada pelos ciclos políticos do país, como por exemplo períodos democráticos, autoritários, mudanças constitucionais etc.

PROCESSOS RECEBIDOS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO POR DECÊNIO

Tabela 1

PERÍODO	RECEBIDOS	INCREMENTO EM PERCENTUAL COM BASE NO ANO ANTERIOR (%)
1941-1949	435.641	-
1950-1959	1.169.271	168,40
1960-1969	3.333.214	185,06
1970-1979	4.827.884	44,84
1980-1989	9.164.557	89,82
1990-1999	20.852.438	127,53
2000-2009	24.350.589	16,77
TOTAL	64.133.594	-

o Poder Judiciário, em nome do que seus agentes viam como bem comum, liberdade de contrato e autorregulação dos mercados, tratou de, sistematicamente, desarticular os esforços associativos dos trabalhadores americanos”.

Outro aspecto, embora não seja o principal deste trabalho de tese diz respeito ao Poder Judiciário como formulador de políticas públicas. Para alguns pesquisadores o Judiciário é fundamental na formulação de políticas públicas dado que atua num sistema democrático, de separação de poderes e capaz de efetivar direitos. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) criou um Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) e avaliou, dentre outras pesquisas, como a população percebe o sistema de justiça brasileira¹⁹, considerados os seguintes aspectos: rapidez nas decisões dos casos; facilidade no acesso; baixo custo para os cidadãos defenderem seus direitos; a capacidade para decisões justas; honestidade dos integrantes da justiça; imparcialidade da justiça. A avaliação geral é bastante crítica da justiça, tendo sido atribuída nota 4,55 em uma escala de zero a dez. Portanto, pressupõe-se que a população não conheça essa dimensão do Judiciário com capacidade para formular políticas públicas.

Neste trabalho se examina o fenômeno da terceirização de serviços, uma das práticas empresariais²⁰ com larga aplicação no Brasil na década de 1990, constituindo-se na transferência de certas atividades, consideradas secundárias, para que outros as realizem (prestadores de serviços, pessoas físicas ou jurídicas). O objetivo da terceirização de serviços é a concentração de recursos na atividade-fim da empresa para aumento da produtividade, redução de custos, melhora das condições de competição no mercado e incremento da taxa de lucro.

Na década de 1990, houve profunda reorganização das relações de trabalho no Brasil por força dos postulados do liberalismo econômico, da razão do mercado de consumo e das leis da oferta e procura. As grandes empresas, adstritas a esses limites, adotaram a estratégia de tornar mais flexíveis o emprego de mão de obra e passaram à prática de terceirizar várias de suas atividades, o que implicou igualmente na terceirização da mão de obra.

¹⁹ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117_sips_justica.pdf

²⁰ Paul D. R. Griffiths e Dan Remenyi, no artigo *The burning question in ICT: what and how should we outsource?* in *Outsourcing de TI – Impactos, dilemas, discussões e casos reais*, organizado por Alberto Luiz Albertin e Otávio Próspero Sanches, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2008, observam que a prática de contratação de pessoas para produção de bens é bastante antiga e mesmo antes da revolução industrial já se utilizava artesões ou famílias de artesões para produzir grande percentagem das mercadorias produzidas, e que “[...] outsourcing is ‘old wine’ served in new bottles”.

Na realidade, a terceirização é a mudança formal da condição dos empregados na atividade produtiva, onde o contrato de trabalho é substituído pelo contrato de natureza civil, o contrato de prestação de serviços.

No Brasil, a Lei 6.019/74, de 03.01.1974, dispôs sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, estabelecendo a possibilidade de contratação por determinado tempo, de pessoa física para o atendimento das necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou de acréscimo de serviço. Essa lei formalizou, ainda que de forma incipiente e limitada, a terceirização de mão de obra. Posteriormente, a Lei 7.102/83, de 20.6.1986, possibilitou a terceirização de serviços para o setor bancário ao prever que a vigilância ostensiva e o transporte de valores sejam executados por empresa especializada. A Lei 8.863/94, de 28.3.1994, ampliou essa possibilidade para toda e qualquer empresa ou instituição pública ou privada. Também, é importante referir que a Lei 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT declarando inexistente vínculo de emprego entre os associados e a cooperativa de trabalho e, tampouco, em relação aos tomadores de serviços daquela.

Ainda não há lei específica para regulamentar o fenômeno da terceirização no Brasil, e essa ausência instigou o TST a editar o enunciado 256 e posteriormente a súmula 331 (publicada em 21.12.1993) para aplicar aos casos de terceirização que lhe são submetidos. Esse enunciado faz as vezes de lei em sentido estrito e é aplicado aos casos de terceirização de serviços submetidos à Justiça do Trabalho.

Por isso de se estudar o tema da jurisprudência dos tribunais superiores que tem servido como lei. Essa jurisprudência vem adquirindo força política relevante na medida em que cada vez mais se relaciona com questões gerais da sociedade, tais como políticas econômicas, financeiras, saúde, habitação, educação, condições de trabalho, proteção aos direitos humanos etc. Nesse contexto, os tribunais vêm desempenhando importante papel na definição das políticas públicas no Brasil e também na América Latina. Matthew Taylor apresenta exemplos do papel dos tribunais brasileiros nas reformas políticas conduzidas pelo Poder Executivo, cita, dentre outros, o caso da privatização da Companhia Vale do Rio Doce, a maior mineradora do Brasil e uma das maiores do mundo, na qual foram concedidas várias liminares que

atrasaram o leilão que enfim foi realizado e a privatização realizada, e isso demonstra a importância das decisões judiciais com efeitos que reverberam por todo o corpo político. Entretanto, esse poder dos tribunais vem sofrendo contestações principalmente quando atuam para além dos estatutos legislativos, porquanto não se justifica em uma democracia que um corpo não-majoritário de especialistas não eleitos possa atuar independentemente dos atores políticos.²¹ Todavia, isso vem acontecendo com cada vez mais intensidade, porquanto a atual Constituição conferiu à sociedade instrumentos importantes à judicialização de conflitos sociais a exemplo do *habeas data*, do mandado de segurança coletivo e da ação popular. Na prática, temas sociais de amplo espectro se judicializados não prescindem da decisão do Estado julgador (Judiciário) como são os casos da interrupção da gravidez por causa da anencefalia do feto, dos índices da atualização monetária decorrente de planos econômicos, do reconhecimento do direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo, dentre outros. As decisões judiciais nesses casos servem de parâmetros a decisões futuras ou mesmo regulam relações a fim de se evitar ou mediar conflitos. A tomada de decisões reiteradas é a base à formação da jurisprudência que serve para futuros casos concretos submetidos a julgamentos. Segundo Rogério Arantes²², a força política do Judiciário decorre da própria Constituição ao conferir o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo. Dizer que a força política do Judiciário decorre da Constituição não é suficiente porquanto também decorrem da Constituição os poderes políticos do Executivo e do Legislativo. Parece-me que a força política do Judiciário localiza-se mais pelo aumento da capacidade de criação do direito para além da mera interpretação da lei.

Atualmente, a jurisprudência e as súmulas dos tribunais parecem funcionar como leis e aproximam sistemas jurídicos diversos como a *civil law* e a *common law*, e cada vez mais nossos tribunais superiores se orientam pela regra do precedente da tradição jurídica do direito anglo-saxão. Essa

²¹ John Ferejohn, Frances Rosenbluth e Charles Shipan *in* Comparative Judicial Politics, Outubro de 2004. Disponível em: <http://www.yale.edu/leitner/resources/docs/comparativejudicialpolitics.pdf>

²² Para Rogério Arantes, “A ideia é que o conjunto de direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, não pode ser deixado ao sabor de maiorias políticas eventuais, mesmo que tais maiorias sejam resultado de eleições democráticas. À Constituição deve prevalecer acima de tudo e de todos, e a sociedade deve ter a possibilidade de recorrer contra possíveis arbitrariedades cometidas pelos Poderes políticos Executivo e Legislativo. [...] Assim, o sistema judicial, em especial o Judiciário, passou a representar um recurso poderoso de veto às decisões majoritárias tomadas na esfera política”.

convergência, notada por Mauro Cappelletti²³, da existência de um “grande movimento de aproximação dos sistemas jurídicos” confere grande responsabilidade ao Judiciário “pela formação e evolução do direito”, na medida em que os juízes assumem o papel de criadores do direito e não apenas de meros intérpretes. Na tradição da *common law* as leis são vistas menos como atos do parlamento e mais como o acúmulo de decisões e interpretações de juízes. A regra central dos países da *common law* é *stare decisis*, expressão em latim que ressalta a importância do precedente, e parece ser isso a realidade dos nossos tribunais superiores e sua jurisprudência de “criação do direito”.

O debate sobre o problema da criação jurisprudencial do direito dá-se com intensidade desde o término da 2ª Guerra Mundial no processo de montagem do *welfare state* principalmente na Europa matriz dessas famílias jurídicas (*Civil Law* e da *Common Law*).

A pesquisa também permitiu um panorama das relações gerais entre o sistema político e o sistema judiciário, em especial à compreensão da função da jurisprudência, os condicionamentos e comportamentos dos atores na arena judicial, marcados pelo acento do papel dos juízes para além de mero intérprete e aplicador da lei ao caso concreto.

A questão central proposta era conhecer o porquê de temas sociais relevantes ou de reconhecimento de direitos constitucionais não se resolverem por intermédio do regular processo legislativo (lei em sentido estrito), mas sim por reiteradas decisões judiciais e pela jurisprudência dos tribunais superiores representada pelas suas súmulas, que cumprem exatamente a função de lei, de norma cogente e geral. Portanto, buscou-se responder a seguinte questão: o Poder Judiciário legisla? Caso positiva a resposta outra questão se impunha: qual a força ou quais as forças que transferem a normatização de determinada matéria para o Poder Judiciário fazendo com que reiteradas decisões tenham efeito prático de lei? Negativa a resposta, perquire-se o porquê de o Judiciário por meio de sua jurisprudência regular relações sociais, como, por exemplo, as

²³ Segundo Mauro Cappelletti, “para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao 'terceiro poder', de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro”.

relações de trabalho, se judicializadas essas matérias serão solucionadas pelo Judiciário por intermédio da aplicação de alguma súmula ao caso. Vários conflitos sociais e políticos nascem da ausência de leis que os regulem, em que pese muitas vezes haver norma constitucional prevendo direitos, mas que ainda não foram regulamentados, exemplo disso, o direito de greve no serviço público, a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço, e outros ainda que independam de qualquer regulamentação como a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices da remuneração dos servidores públicos.

Algumas hipóteses de trabalho foram formuladas para examinar o problema, são elas: a) As reformas econômicas voltadas para o mercado da década de 1990 requeriam novo padrão de “segurança jurídica” para o cumprimento dos contratos e isso por força do Poder Executivo deslocou do Legislativo para o Judiciário a efetivação dessa agenda. Nesse contexto, a jurisprudência dos tribunais superiores respondeu positivamente à agenda econômica do Executivo Federal; b) O poder vinculante dessa jurisprudência dos tribunais superiores limitou a atuação das instâncias inferiores da justiça chancelando o conteúdo da agenda econômica do Executivo. Para testar essas hipóteses, criou-se banco de dados com 381 processos trabalhistas do período de 1985-2000 que tramitaram em determinada Vara do Trabalho. Observou-se a variação do grau do efeito vinculante do Enunciado da Súmula 331 do TST, o grau de resistência à aplicação dessa súmula e o grau de conciliação nos processos. A partir disso configurou-se que a terceirização de serviços e mão de obra passou a ser ampla e profundamente executada no Brasil. Em que pese inexistir lei para regular esse fenômeno, antes da edição do Enunciado 331²⁴ do TST as hipóteses de intermediação de mão de obra eram bastante

²⁴ O Enunciado 256, “**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE**. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”, foi revisto pela atual súmula 331, com a seguinte redação: “**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
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 pessoalidade e a subordinação direta.

restritas e após tornou-se realidade tendo por limite a responsabilização da empresa tomadora de serviços.

Chega-se à conclusão que a atividade típica do Judiciário de aplicar normas gerais e abstratas pré-existentes para compor os conflitos de interesses em cada caso concreto (jurisdição) transmuta-se paulatinamente para se adotarem as súmulas e os precedentes judiciais como fontes primaciais à solução dos conflitos de interesses, próprios do sistema jurídico da *common law*. Assim, o Poder Judiciário brasileiro na ausência de norma geral e abstrata passa cada vez mais a se referenciar em suas próprias decisões. Logo, a súmula funciona como se lei fosse, equiparada à norma geral e abstrata. É preciso referir ainda que há um movimento de judicialização das mais diversas relações sociais, colocando o Judiciário como importante ator na solução desses conflitos. Portanto, em linhas gerais entende-se que o sistema político está a gerar distorção que altera profundamente o papel do Judiciário no sistema de governo, conferindo-lhe atributo além de sua natureza de aplicar lei anterior ao caso concreto.

O plano geral da tese implicou na adoção de metodologia própria para a pesquisa porque na área da Ciência Política ainda são recentes os estudos que tenham por fontes os processos judiciais, as jurisprudências, os procedimentos, as rotinas judiciais e todo material afeito ao Judiciário. Utilizou-se como fonte principal o material que subsidiou o TST na edição da súmula 331 quanto à terceirização de serviços e de mão de obra.

Importante subsídio também é o banco de dados²⁵ denominado “terceirização de serviços na indústria de celulose”, composto pelos processos ajuizados contra uma indústria de celulose no Estado do Rio Grande do Sul. Esses processos tramitaram, na época, na Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba/RS e o seu exame permitiu verificar as decisões judiciais quanto à prática da terceirização de serviços pelas empresas.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n° 8.666, de 21.06.1993)."

Histórico: Súmula alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000
Redação original (revisão da Súmula n° 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994.

²⁵ Banco de dados disponível no Memorial da Justiça do Trabalho do RS.

Estudar as instituições judiciais na atualidade é uma necessidade para a compreensão de suas dinâmicas no sistema de governo. Jornais, rádio, televisão e internet têm mostrado como decisões judiciais geram efeitos nas relações sociais. A atuação de entidades da sociedade civil, do Ministério Público, advogados, magistrados, tribunais também são evidenciados e submetidos à crítica social. Na atualidade, conhece-se o Judiciário muito por seus problemas e mazelas, tais como: dificuldade de acesso, morosidade, baixa confiança da população na justiça, influência da mídia, influência de empresários ou de políticos, dentre outros²⁶. Muitos desses problemas podem ser creditados à própria estrutura hierárquica e autoritária do Judiciário e isso favorece o corporativismo e o seu isolamento social. Na realidade o sistema judicial brasileiro é bastante complexo, e formado historicamente e culturalmente para desempenhar função certa e específica na manutenção da lei e da ordem social.

A Constituição da República de 1988 trouxe avanços no que diz respeito à previsão de procedimentos democráticos para o exercício do poder. Executivo e Legislativo incorporaram vários desses procedimentos, mas estranhamente o Judiciário pouco avançou nesse aspecto. Assim, busca-se perquirir o motivo ou motivos que distinguem o Judiciário como refratário na incorporação de procedimentos democráticos. Entender o Judiciário enquanto instituição de poder de Estado e a pretensão em contribuir com um pouco mais de conhecimento sobre o seu funcionamento poderá auxiliar na formulação de propostas de soluções para seus históricos e culturais problemas. Há também outra razão de ordem prática para esse trabalho que tem por objeto o Judiciário, qual seja a minha condição pessoal de servidor público da Justiça do Trabalho da qual aproveito a vivência e o testemunho do dia a dia dessa instituição judicial para fazer algumas observações e proposições de melhorias.

O Judiciário brasileiro insere-se no contexto do nosso tipo de federalismo, tributário da história e prática de um Estado unitário com reduzida

²⁶ Pesquisa “O Judiciário segundo os brasileiros”, organizada pelo Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), realizada no período de 9 a 11 de fevereiro de 2009. Amostra nacional extraída aleatoriamente com 1.200 entrevistas, representativa da população adulta brasileira com acesso à rede telefônica (nos domicílios e/ou nos locais de trabalho) de todas as regiões do país. Destes, 200 entrevistados têm ou tiveram processo na Justiça nos últimos 12 meses.

autonomia dos estados federados, o que condiciona o seu desempenho e favorece determinada centralização do sistema federativo brasileiro.²⁷ Sintoma disso é a força vinculante das súmulas dos tribunais superiores, já existente antes da Emenda Constitucional 45/2004 estabelecendo constitucionalmente essa obrigatoriedade. A Constituição de 1988 é marco importante na evolução do Poder Judiciário brasileiro indicando perspectivas à expansão de sua atuação.

O exame da atuação do Judiciário pode indicar se houve uma atuação mais proativa na satisfação de demandas sociais em face dos novos instrumentos constitucionais postos à disposição. Identificar causas da atuação ou inação do Judiciário é uma das consequências deste trabalho. Para isso, examinam-se as relações entre o Poder Judiciário e as demais instituições de governo (Executivo e Legislativo), com vistas a identificar o seu perfil de atuação. É justamente nessa fronteira entre política e justiça que se busca perquirir se a agenda econômica do governo condiciona o comportamento do Judiciário. Há evidência empírica da relação direta entre o incremento do número de processos nos tribunais superiores e a ação do Governo Federal ao adotar medidas de natureza econômica e tributária, conforme constatado no diagnóstico do Poder Judiciário elaborado pelo Ministério da Justiça no ano de 2004.²⁸ A proposição é a de que a política econômica do Governo não prescinde da chancela do Poder Judiciário e ao mesmo tempo confere ao Judiciário o poder de decidir questões de larga repercussão política e social. Isso é ainda mais significativo ao considerarmos que a partir da Constituição de 1988 passa a ocorrer com mais amplitude e profundidade o deslocamento de poder do Legislativo para os tribunais e outras instituições jurídicas, transformando questões políticas em jurídicas, movimento esse denominado de judicialização²⁹.

Esse aspecto da judicialização da política tem com uma das causas no Brasil o processo de transição para a democracia simbolizada na

²⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. *Lua Nova* [online]. 2009, n.78, pp. 223-250. ISSN 0102-6445. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452009000300011>.

²⁸ Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/diagnostico_web.pdf

²⁹ John Ferejohn no artigo *Judicializing Politics, Politicizing Law* (publicado na Hoover Digest 2003, n. 1) observa que esse deslocamento ou transformação do político para o jurídico recebeu o nome de judicialização.

Constituição de 1988 e as garantias à magistratura que possibilitaram o uso do espaço judicial para atuação política. Nesse contexto, os tribunais transformam-se em importantes “veto players”, ou seja, as instituições judiciais “fazem diferença” porque tem poder de veto no sistema de governo, principalmente pela capacidade de mudar as políticas públicas. Para Tsebelis **“Um veto player é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. [...] Entre outros atores mais institucionalizados incluem-se os tribunais, as maiorias qualificadas exigidas pela Constituição e os referendos. Exigir a concordância do judiciário para aprovação de determinada legislação equivale a adicionar outra Câmara ao processo legislativo. Por exemplo, após a vitória da esquerda na França, em 1981, o Conselho Constitucional tornou-se o único veto player a agir em nome da maioria anterior. As decisões mais importantes do governo foram postas em questão perante o Conselho Constitucional”**. Assim, o Judiciário na sua atividade típica de prestar jurisdição e nas relações com os vários atores titulares de ações na arena política à efetivação de direitos e garantias fundamentais responde a vários tipos de ações e atores. Exemplos disso são: a ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público, histórico e cultural para a qual qualquer cidadão é parte legítima para propô-la³⁰, e o mandado de injunção sempre que na falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, o sistema judicial adquiriu novas funções de atuação na arena pública, principalmente ao substituir os procedimentos de mediação políticos pelos judiciais, o expondo à interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e partidos políticos³¹, sendo exemplos desse contato direto o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Quanto ao papel da jurisprudência, Alec S. Sweet (2002) aborda essa questão propondo que essa jurisprudência seja examinada a partir da incorporação de alguns elementos da teoria dos jogos como o *path*

³⁰ Conforme art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, *verbis*: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

³¹ Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, Editora Revan, Rio de Janeiro, (1999:22/23), entendem que está se constituindo uma nova arena de atuação para o Poder Judiciário, onde a mediação ocorre por meio de procedimentos judiciais em vez dos políticos.

*dependence*³², porquanto uma vez em andamento esses processos de decisão judicial vão construir as técnicas discursivas e modos de tomada de decisão específicos para o exercício do poder judicial. Argumenta que certas características de julgar dos tribunais favorecem o desenvolvimento de padrões de argumentação dependentes do caminho que ajudam a sustentar, e ao mesmo tempo causam o aparecimento de novas estruturas e as condições necessárias para novas extensões da lei. Desse modo, o analista informado pelo *path dependence* pode criar as condições necessárias à ampliação do sistema jurídico incorporando redes de atores que vão se especializando na área jurídica. Para Stone, se um determinado sistema legal apresentar qualidades *path dependence* poderão ser atendidas as seguintes expectativas: a) os quadros de argumentação dos tribunais, caracterizados pela jurisprudência, estabelecem relações fortes entre litigantes e juízes, com *feedbacks* recíprocos, em que cada litígio fornece oportunidades para que os juízes construam novas estruturas e os litigantes apresentem suas sugestões de criação de regras judiciais; b) os resultados são legalmente indeterminados, mas incrementam determinada solução para cada caso; c) as instituições jurídicas produzirão efeitos de rede, incorporando práticas e interesses sociais mais amplos; d) as instituições jurídicas tendem a ser fortalecer, em parte, pelas regras de tomada de decisões que regem a reversão judicial da legislação e, em parte, pela inserção relativa, por intermédio de *feedbacks*, de resultados positivos ao longo do tempo. Outra causa refere-se à constitucionalização abrangente dos princípios, direitos e garantias fundamentais, traduzindo Política em Direito.³³Também tem-se por causa o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, que combina dois sistemas diversos, o americano e o europeu. O sistema americano é o do controle incidental ou difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, caso a considere inconstitucional, e o sistema europeu o controle se dá por ação direta, permitindo que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal

³² *Path dependence*, na teoria dos jogos, caracteriza-se pela situação na qual o mesmo estado inicial pode originar resultados diferentes por diferentes vias, mas o conjunto de decisões, umas faces a outras, é limitado pelas decisões passadas, em que pesem as circunstâncias passadas não serem mais relevantes.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf

Federal. Cabe considerar ainda que nos países que seguem a tradição da *civil law*, as decisões judiciais fundamentam-se na lei em um código legal abrangente, o direito posto, sendo sobre ele que as legislaturas constroem uma superestrutura de estatutos. Nesses países os juízes interpretam a lei, eles não a fazem. De acordo com essa distinção clássica, o papel do Judiciário no sistema de governo dos países de *common law* é mais relevante, do direito pressuposto em caso anterior, o precedente, e então os juízes criam o Direito.

O presente trabalho está dividido em quatro capítulos.

No capítulo 1, busca-se compor explicação razoável que justifique a criação do Direito pelos tribunais superiores, por intermédio de suas jurisprudências e a aplicação dessas na solução dos conflitos de interesses. Para isso, traça-se um quadro da conjuntura política e econômica na década de 1990, período dos primeiros anos da nova Constituição da República promulgada em 05.10.1988, que trouxe importantes mecanismos à democratização das instituições brasileiras e da construção da cidadania. Nesse contexto, examinam-se alguns modelos explicativos do papel do Poder Judiciário enquanto instituição política do sistema de governo, tais como o da escolha racional, veto *player*, jurisprudência política, *path dependence* e judicialização. Destaca-se desses modelos o que Shapiro e Stone (2002) chamam de “jurisprudência política” representada pelas súmulas dos tribunais superiores.

No capítulo 2, busca-se mostrar a evolução da justiça no Brasil localizando-a no sistema de governo em cada uma das constituições até a de 1988 e a Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu reforma substantiva na organização do Poder Judiciário e no sistema de justiça em geral. A marca do Poder Moderador que ainda se expressa nas nossas instituições políticas, tanto em um Executivo hipertrofiado quanto no Legislativo e Judiciário acostumado à intervenção do poder político maior. A partir da Constituição o Judiciário Federal tem aumentado a sua participação no Orçamento Geral da União para enfrentar o aumento de sua estrutura e possibilitar o acesso à justiça e isso implica também em aumento do poder político. Nesse contexto os tribunais passaram a criar o direito, aplicando sua jurisprudência para decidir, em vez da lei em sentido estrito. Com isso, a judicialização de temas políticos

tem se tornado comum, frente à possibilidade de se obter decisão favorável a uma determinada demanda, ainda que liminarmente, e independente da lei.

O capítulo 3 aborda a terceirização de serviços e mão de obra, novo padrão da reestruturação da produção de bens e serviços no Brasil sistematizado no início da década de 1990. Examina-se o seu contexto, conceitos, normas, efeitos nas relações de trabalho e perspectivas no Brasil. A terceirização, enquanto modo de realocação de mão de obra para produção de bens e serviços gera efeitos deletérios nas relações de trabalho, principalmente porque desloca contingente de mão de obra para outra relação, não mais a típico empregador e empregado, e sim uma relação a que se interpõe uma terceira parte, um intermediador de mão de obra, chamada de empresa prestadora de serviços ou simplesmente terceirizada. Portanto, além de dinamizar espaços de acumulação de capital e geração de riqueza para o empresário há a decomposição das relações de trabalho.

É importante observar que a agenda econômica do Governo Federal da época de inserção do país no mercado globalizado, de abertura da economia à livre atuação de empresas estrangeiras no país, de importação de bens e serviços, inclusive novos modos de acumulação de capital, introduziu a questão da terceirização. Todavia, o debate sobre a terceirização no país ficou restrito a poucos atores, e, por fim, decidido por uma instituição judicial, o Tribunal Superior do Trabalho. A realidade é que a terceirização é amplamente praticada nos setores privado e público, sendo o setor público brasileiro (governos) o que mais se utiliza de serviços terceirizados à continuidade da prestação de inúmeros serviços públicos.

Por fim, o capítulo 4 objetiva examinar as peculiaridades da Justiça do Trabalho, enquanto espaço a resolução pelo Estado dos conflitos coletivos e individuais entre trabalhadores e empregadores e seus sindicatos de classe. Busca determinar a importância do estudo sobre a formação da jurisprudência dominante dessa instituição judicial. A Justiça do Trabalho é exemplo utilizado para demonstrar o uso que o Judiciário faz da jurisprudência para suprir a ausência de lei, na verdade estabelecendo direito novo. No caso, objeto desta pesquisa, é o enunciado da Súmula n. 331 do TST que na prática tornou “legal” a terceirização de serviços e mão de obra, apesar da ausência de lei que a regulamente.

Capítulo 1 – Modelos Explicativos.

1.1. Introdução. 1.2. Conjuntura política e econômica. 1.3. Alguns modelos explicativos do papel do Judiciário. 1.3.1. Escolha racional. 1.3.2. Veto *player* (o poder de veto do Judiciário). 1.3.3. Jurisprudência política. 1.3.4. *Path Dependence*. 1.3.5. Judicialização.

1.1. Introdução

Busca-se neste capítulo compor explicação razoável que justifique a criação do Direito pelos tribunais superiores, por intermédio de suas jurisprudências e a aplicação dessas - jurisprudências - na solução dos conflitos de interesses. Para isso, traça-se um quadro da conjuntura política e econômica na década de 1990, período dos primeiros anos da nova Constituição da República promulgada em 05.10.1988, que trouxe importantes mecanismos à democratização das instituições brasileiras e da construção da cidadania. Nesse contexto, examinam-se alguns modelos explicativos do papel do Poder Judiciário enquanto instituição política do sistema de governo, tais como o da escolha racional, veto *player*, jurisprudência política, *path dependence* e judicialização. Portanto, parte-se do exame da formação, do desenvolvimento e da função da jurisprudência dos tribunais superiores em tempos de vivência de processos de democratização das nossas instituições políticas, inclusive do Poder Judiciário. Não há dúvida de que a engenharia constitucional criou novos instrumentos de governo para limitar, restringir e permitir o controle do poder político, na qual o Judiciário detém grande responsabilidade.³⁴ Nesse contexto, e no exercício da função Judiciária os magistrados dos tribunais superiores, praticamente, comportam-se como se parlamentares fossem quando deliberam e votam na criação de sua jurisprudência, como se verifica das notas taquigráficas da sessão ordinária do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 17.12.1993 (anexo

³⁴ O termo “engenharia constitucional” é emprestado de Giovanni Sartori que o explica dizendo que os “redatores de constituições dos séculos XVIII e XIX entendiam perfeitamente o *telos*, o propósito do constitucionalismo; suas constituições (*pace* Elster) tinham um ‘enfoque consequencialista’ sobre o modo como deviam funcionar. Esses redatores eram, portanto, ‘engenheiros’ naturais. Mas o positivismo legal e a jurisprudência analítica produziram – especialmente na Europa e na América Latina – gerações de constitucionalistas treinados exclusivamente na consistência dedutiva de um universo jurídico. Para eles, a constituição era somente um sistema bem articulado de injunções, de comandos e proibições; qualquer outra consideração era extrajurídica e carecia de relevância”.

1), na qual com a presença de treze ministros deliberou-se sobre a proposta de revisão da súmula 256 do TST. No caso, o Ministério Público do Trabalho (MPT) requereu o exame do Enunciado 256 da Súmula do TST para se apreciar a sua aplicabilidade ou não às empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como se a locação de mão de obra nos setores de limpeza e digitação constitui, ou não, hipótese de intermediação ilegal de mão de obra. O Enunciado n. 256 dispunha que era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo nos casos previsto nas leis 6.019/74 e 7.102/83, inclusive para serviços de limpeza e digitação, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviço, com exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, autárquica e fundacional. O Enunciado n. 256 criava os seguintes direitos para os trabalhadores contratados por empresa interposta fora dos casos previstos nas leis mencionadas: reconhecimento de vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional tomadores dos serviços e a responsabilidade solidária no caso do não pagamento das obrigações trabalhistas. O Enunciado foi revisado e substituído pelo de n. 331 fixando que a contratação irregular de trabalhador por intermédio de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos de administração pública direta, indireta e fundacional e a responsabilidade pelo não pagamento das obrigações trabalhistas implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Esse enunciado de súmula (331 do TST) ampliou e aprofundou terceirização de serviços e mão de obra no país, principalmente quanto à prestação de serviços no setor público, ou seja, essa questão crucial das condições de trabalho foi debatida em uma sessão do órgão Especial por treze ministros do TST. O excerto do debate daquela sessão evidencia isso, conforme notas taquigráficas:

O Sr. Ministro Francisco Fausto – Levantou-se dúvida até quanto à constitucionalidade desta matéria, em relações às empresas públicas, por exemplo, o Banco do Brasil, etc.

O Sr. Ministro Ney Doyle – Mas todos os nossos enunciados são questionados; estão alegando também a inconstitucionalidade de um dos nossos últimos enunciados.

O Sr. Ministro Francisco Fausto – Refiro-me à tese do Enunciado; às vezes levanta-se dúvida quanto a isto.

O Sr. Ministro Ney Doyle – Então, temos de enfrentar a matéria; se está arguindo, temos de enfrentá-la.

O Sr. Ministro Francisco Fausto – Entendo apenas, Ministro Ney Doyle, que está matéria é de fato polêmica, ela está agitando o País e a classe trabalhadora de um modo geral. Então, pouco interessa se o Ministério Público está preocupado com o Banco do Brasil. É como disse o Ministro Galba Veloso na sessão anterior, o Banco do Brasil não é preponderante para darmos urgência às nossas propostas de enunciados. O que é preponderante, mais importante do que o Banco do Brasil, é a onda de trabalhadores contra esse enunciado, mais importante até do que a necessidade do inquérito civil da Procuradoria – eu, ao menos, lhe dou mais importância.

...

O Sr. Ministro Orlando Teixeira da Costa (Presidente) – Alguns governos anteriores têm usado de uma tática que creio ser muito hábil: certos aumentos são dados no fim de semana; nós aqui os daríamos no final do ano judiciário. Evidentemente, qualquer enunciado nosso pode provocar polêmica, insatisfação – e isto ocorre muitas vezes. Ora o empregado fica insatisfeito, ora o empregador órgão público. Por exemplo: não temos de ter dúvida alguma no sentido de que todos esses enunciados que temos aprovado a respeito da política econômica do Governo o estão desagradando. Não há dúvida alguma. Mas nem por isso devemos adiar ou recuar, se já temos um consenso a respeito – e me parece que há consenso -, a não ser que não haja... Se entendermos, em consenso, que deve ser adiado, no caso, é outro problema, mas me parece que o consenso é em sentido contrário.

Apropriado seria esse debate na arena do Legislativo com deputados e senadores eleitos representantes do povo, e não no âmbito de uma sala de tribunal, com treze pessoas.

Outra súmula, também do TST, a de número 310 (cancelada pela Resolução 119/2003), tratava da substituição processual prevista no art. 8º, III da Constituição, com interpretação bastante restrita a ponto de dar sentido inverso a uma substituição processual ampla prevista na norma constitucional.³⁵

³⁵ Dispõe o art. 8º da Constituição: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - ...; II - ...; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Dispõe a súmula 310 do TST: “**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003.** I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei

Esses dois exemplos oriundos do Judiciário trabalhista servem para mostrar o papel dos juízes dos tribunais superiores na interpretação da lei criando direito novo à solução das controvérsias, em vez da aplicação da lei, exercendo desse modo novo protagonismo, sem controle e nuança tipicamente autárquica.

1.2. Conjuntura política e econômica.

A Constituição da República de 1988 traduz-se no marco da transição do regime autoritário para o processo de democratização das instituições políticas brasileiras, daquilo que a sociedade brasileira almejava para o seu futuro civil. A Constituição trouxe grandes perspectivas quanto aos direitos e garantias fundamentais, bem como quanto aos direitos sociais. Todavia, muitos desses direitos ainda não são efetivos, isto é, não se realizam e, por isso, deixam de contribuir com a construção da cidadania. O Poder Judiciário também é responsável por essa não realização na medida em que muitas de suas decisões não reconhecem de plano direitos constitucionais.

As instituições judiciais ainda resistem ao processo de democratização de suas instâncias, não há qualquer tipo de participação ou representação de setores sociais que demandam o Judiciário nas direções dos tribunais, ou seja, o Judiciário é governado pelos juízes, tão somente. Segundo pesquisa “O Judiciário segundo os brasileiros”, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (Direito do Rio de Janeiro) o Judiciário está em nono lugar no quesito confiança da população, também que não é célere, influenciado pela mídia, empresários e políticos, que beneficia alguns setores em detrimento de

nº 7.788/1989. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequênda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. **Histórico:** Súmula cancelada - Res. 119/2003, DJ 01.10.2003. Redação original - Res. 1/1993, DJ 06, 10 e 12.05.1993”.

outros (parcial), e custa caro demandar em juízo.³⁶ Pode-se agregar a esses valores o conservadorismo e refratário no reconhecimento de direitos sociais constitucionais. Exemplo disso os entendimentos quanto ao direito de greve, da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa e do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, dentro outros direitos previstos na Constituição. Também se menciona a limitação constitucional de juros de 12% ao ano e o não pagamento dos precatórios no prazo legal. O fundamento mais comum usado pelos juízes ao não reconhecimento desses direitos constitucionais é a ausência de leis complementares às normas constitucionais.

Outra questão refere-se à composição dos tribunais superiores, ou seja, ainda que tenha sobrevivido uma nova constituição os juízes que operaram no período autoritário permaneceram nos tribunais e com a responsabilidade de reconhecer esses novos direitos. Todavia, esse tipo de transição em que elementos fundamentais do antigo regime também são os elementos essenciais do novo parece ser a tônica dos regimes constitucionais modernos. Ingeborg Maus³⁷ observa que na Alemanha isso ocorreu na passagem do nazismo para a constitucionalização do pós-guerra, bem como critica a atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha ao operar como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade.

³⁶ Disponível em:

http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/O_Judici%C3%A1rio_segundo_os_brasileiros.doc

³⁷ Ingeborg Maus refere no artigo “Judiciário como Superego da Sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”, que o *lobby* dos juízes no processo de discussão da nova Constituição da Alemanha no pós-guerra derrotou posições progressistas como “a proteção do povo contra abusos da independência dos tribunais”, e que esses juízes eram os mesmos que atuaram no regime nacional-socialismo com desenvoltura e que “Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental, nem tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça — que dirá então de suas funções específicas — no nacional-socialismo. Tanto já se havia chegado a essa situação extrema que mesmo o Ministério da Justiça do Reich veio a censurar, nas mencionadas “Cartas aos Juízes” de 1942, um terço do conjunto das decisões consideradas exemplares, por terem imposto penalidades *excessivas*. A ininterrupta permanência do pessoal da Justiça alemã após 1945 explica a forte influência das velhas concepções nos trabalhos preparatórios da Lei Fundamental. Os desejos da Justiça nela encontraram eco mediante a ampla participação de juristas nas reuniões da Convenção de Herrenchiemsee e do Conselho Parlamentar, bem como o permanente *lobby* das organizações de interesses dos juristas, entre outras a ressuscitada Associação dos Magistrados Alemães. A competência da Justiça para controlar a constitucionalidade das leis, introduzida pela primeira vez na história constitucional alemã, bem como sua centralização no TFC, foram algumas das “unanimidades” tratadas na Convenção de Herrenchiemsee”.

Consequentemente, com a emergência de uma nova Constituição, prenhe de direitos, a ser efetivada, a continuidade do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, um Poder Executivo, com agenda econômica contrária à constitucionalização desses direitos, emerge o Judiciário como ator para atuar no complexo contexto político e econômico da década de 1990.

A política econômica do Governo Federal, diferentemente da executada na década anterior, se caracterizou pela liberalização do comércio exterior e da entrada e saída de capital, a privatização das empresas estatais, a limitação do papel do Estado para garantir exclusivamente a universalidade dos serviços de educação básica e saúde como meio de formação de capital humano assegurando a competitividade internacional das empresas, promovendo a concessão dos demais serviços públicos à iniciativa privada.³⁸ Esses elementos do modelo econômico contribuíram, ao contrário da pregação liberal, para o aumento do índice de desemprego, tendo observado Pochmann³⁹ que apesar de a economia ter expandido a produção, a quantidade de emprego assalariado formal diminuiu, contribuindo para o processo de reestruturação das empresas por meio da adoção da terceirização e da subcontratação de mão de obra, entre outros.

O desemprego no período não era uma simples ameaça, mas sim efeito deletério da inserção do país na economia mundial de modo passivo e subordinado, que destinou para os países em desenvolvimento como o Brasil o papel de fornecedor de mão de obra de baixo custo. Todavia, o desemprego não era restrito somente aos países em desenvolvimento e dependentes dos fluxos financeiros internacionais, mas também era presente em índices elevados nos países que integram a Organização para a Cooperação e o

³⁸ Paulo Eduardo de Andrade Baltar (2003:110) *in* Trabalho, mercado e sociedade – O Brasil nos anos 90, organizado por Marcelo Weishaupt Proni e Wilnês Henrique, editora Unesp, apesar dessa política econômica para o desenvolvimento, “**O crescimento do produto, entretanto, continuou muito pouco expressivo, contrariando expectativas de que o retorno dos países latino-americanos ao crédito internacional permitiria mais expressivo, como verificado nos anos 70, antes da crise da dívida externa ocorrida no começo da década de 1980**”.

³⁹ Segundo Márcio Pochmann (2001:38) no texto Raízes da grave crise do emprego no Brasil do livro O Trabalho no Século XXI, organizado por Álvaro Gomes, Editora Anita Garibaldi, “**Quatro são os principais elementos constitutivos, do novo modelo econômico, que tendem a comprometer muito mais a destruição do que a geração de novos empregos: (I) as alterações na composição da demanda agregada; (II) a natureza da reinserção externa; (III) o processo de reestruturação empresarial, e (IV) o padrão de ajuste do setor público brasileiro**”, e que “**Nos anos de 1993 e 1997, por exemplo, a economia expandiu a produção em 23,4%, mas a quantidade de emprego assalariado formal foi diminuída no país em 902 mil vagas**”.

Desenvolvimento Econômico (OCDE), com destaque para os que atingiram os dois dígitos como a Bélgica (10,50), a França (10,00), a Itália (11,20) e a Espanha (14,80), conforme demonstra Maurício Rands.⁴⁰ Consequentemente, o desemprego em massa é próprio do modo de produção capitalista que se estendeu por todo mundo, porém são os países em desenvolvimento e suas sociedades os que mais sofrem com o seu efeito.

No Brasil, a taxa de desemprego variou no período entre 1994 e 1998 de 6,1% para 9,2%, e no período entre 1998 e 2000 de 9,2% para 15%, sendo que a variação acumulada entre 1994 e 2000, foi de 145,90%, significando 11,5 milhões de pessoas desempregadas no ano 2000.⁴¹

Nesse quadro surge o fenômeno da terceirização de mão de obra conferindo nova dinâmica nas relações de trabalho. A relação de emprego típica começa a ser transmutada tornando-a instável para o conjunto dos trabalhadores. Acontece o aumento da rotatividade e a eliminação de postos de trabalho, salários mais baixos e diminuição de benefícios e jornadas mais longas de trabalho, tornado mais precárias as condições de trabalho. Como se vê, os efeitos nocivos para o conjunto dos trabalhadores necessitam de medidas para a transformação dessa realidade, como, por exemplo, a regulação pública do trabalho terceirizado.

O Judiciário com a responsabilidade ampliada pela Constituição passa a atuar nesse cenário de novos direitos sociais constitucionais em contraposição à política neoliberal que propugnava por um estado mínimo regulado pelas “leis do mercado”. Assim emergiu um Judiciário autorizado pela Constituição para açambarcar questões políticas essenciais para sociedade, mas sem qualquer controle social. Isso sem dúvida produz distorções no sistema político como o deslocamento de poder do Legislativo para o Judiciário. Sem dúvida, sistema judicial independente é pré-requisito para o Estado democrático, o que implica obstar o abuso de autoridade, e responsabilizar o governo caso haja abuso. Todavia, são necessários

⁴⁰ Maurício Rands (2001:102) no texto Desregulamentação e Desemprego: observando o panorama internacional que integra o livro Democracia e Mundo do Trabalho – O Estado em transformação na perspectiva dos trabalhadores, organizado por Rogério Viola Coelho e publicado em 2001 por Camargo Coelho Maineri Advogados Associados S/C.

⁴¹ Dados do censo demográfico e PNAD's ajustadas. Gráfico elaborado a partir desses dados por Marcio Pochmann (2002:16) no livro “Era FHC” A regressão do trabalho, tendo por autores Márcio Pochmann e Altamiro Borges.

mecanismos de controle da atuação dos tribunais e juízes quando passam a interferir em decisões políticas exercendo indevidamente funções de poderes representativos. Deve-se controlar e limitar esse exercício, porquanto essa expansão do poder judicial pode inviabilizar a adoção de procedimentos democráticos, em que as grandes questões de interesse da sociedade seriam resolvidas na arena estreita à participação popular dos tribunais.

Sabe-se que o Judiciário é instituição fundamental para a prestação de contas contribuindo para a “responsabilidade horizontal” do Estado, proporcionando freios e contrapesos ao Executivo, mas, no caso brasileiro, com eficácia anulada porquanto lhe faltam as restrições previstas pelos mecanismos de “*accountability* vertical”, de eleições democráticas. Existem propostas várias de reforma do Judiciário, dentre essas a de mandatos para os integrantes dos tribunais superiores, inclusive para o Supremo Tribunal Federal. Essas propostas deveriam ser discutidas ampla e profundamente pela sociedade, mas isso não acontece. O Judiciário é aspecto do poder de Estado pouco conhecido, e agora com certo protagonismo, o que justifica a presente tese com a pretensão de trazer à tona alguns temas essenciais à compreensão do papel da Justiça no Brasil.

Uma das suposições para a variação da atividade judicial nos anos 1990 diz com o esforço político do governo na execução de sua agenda econômica de reformas voltadas para o mercado em contraposição com a realização dos direitos sociais. Essas reformas econômicas resultaram em tensões e conflitos acarretando recurso maior ao sistema judicial à garantia dos direitos sociais constitucionais, ocasionando uma maior atividade da arena judicial.

Para provar essa proposição busca-se conhecer o papel institucional do Judiciário no sistema de governo com vistas à compreensão da dinâmica do poder, sua relação e integração com os demais sistemas de governo (Executivo e Legislativo). No âmbito da Ciência Política as recentes pesquisas sobre o Poder Judiciário e suas instituições têm desenvolvido metodologia própria que vêm se consolidando e ajudam na compreensão de seu funcionamento e comportamento em relação às demais instituições que integram o sistema de governo.

Assim, é provável que aumente a atividade judicial porque se alteram as condições da vida econômica da sociedade em função das escolhas do Executivo (governo) à realização de suas políticas no campo econômico. Esse aumento da atividade judicial é nominado por muitos pesquisadores sociais como elemento típico de uma expansão do poder judicial, também chamada de “judicialização da política” ou, correlatamente, “politização da justiça”, o que será examinado adiante.

As reformas econômicas voltadas para o mercado, no Brasil na década de 1990; o aumento das taxas de inflação (o índice de preços ao consumidor acumulado em doze meses, no ano de 1993 chegou a 2.489,11%)⁴²; a variação do número de empregados com carteira de trabalho assinada, dentre outros, são alguns dos fatores vinculados a política macroeconômica que fazem variar a atividade judicial. No capítulo específico veremos com maiores detalhes esses fatores, mas vejamos de imediato a variação do número de processos trabalhistas ajuizados.

As tabelas (1 e 2) demonstram esse aumento da atividade judicial na Justiça do Trabalho. No período de 1991-2000 recebeu 17.477.915 processos, aumentando 19,83% a demanda, em relação ao período anterior (1981-1990). No Rio Grande do Sul, também houve aumento de 13,24% no número de reclamações recebidas no período de 1991-2000, em relação ao período anterior 1981-1990.

Tabela 1 – Ações trabalhistas no Brasil (1980-2009)

PERÍODO	N. PROCESSOS	PERCENTUAL
1980-1984	3.645.514	8,50%
1985-1989	4.513.406	10,52%
1990-1994	7.408.410	17,27%
1995-1999	9.584.620	22,35%
2000-2004	8.383.059	19,55%
2005-2009	9.353.350	21,81%
TOTAL	42.888.359	100%

Fonte: Memorial da Justiça do Trabalho no RS. Os dados foram obtidos nos Relatórios Anuais do TST.

⁴²Disponível

<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92CDF35B48BD>

Tabela 2 – Ações trabalhistas no RS (1980-2009)

PERÍODO	N. PROCESSOS	PERCENTUAL
1980-1984	330.109	10,69%
1985-1989	414.949	13,44%
1990-1994	549.089	17,78%
1995-1999	622.250	20,15%
2000-2004	541.873	17,54%
2005-2009	629.951	20,40%
TOTAL	3.088.221	100%

Fonte: Memorial da Justiça do Trabalho no RS. Os dados foram obtidos nos Relatórios Anuais do TRT da 4ª Região.

Assim, o incremento no número de ações trabalhistas ajuizadas na década de 1990 pode significar que as reformas econômicas efetivadas requereram novo padrão de “segurança jurídica” para o cumprimento dos contratos, fazendo com que a arena judicial fosse lócus de solução dos conflitos econômicos em tensão com as demandas sociais.

Em resposta a essas alterações da política macroeconômica do governo de reformas voltadas para o mercado e de flexibilização das relações de trabalho, ocorreu aumento da atividade do Judiciário trabalhista, o que demandou aumento da estrutura física da Justiça do Trabalho, de juízes e de servidores para atender ao conseqüente aumento do número de ações trabalhistas ajuizadas. A Justiça do Trabalho é ramo específico do Judiciário com a função de dirimir os conflitos de interesses entre patrões e empregados e, por isso, subjetivamente, todas as relações de trabalho podem ser levadas à arena judicial trabalhista. Contudo, o aspecto da judicialização da política explorado tem a ver com o deslocamento de poder do Legislativo para o Judiciário, como é o caso de substituição de lei por súmula de tribunal superior.

É claro que o mero aumento da atividade judicial, representado pelo incremento do número de ações ajuizadas não significa a existência de judicialização da política, mas, por via de recurso, muitas dessas ações demandam um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, que decidirá em última instância, e, se for o caso como o da terceirização, normatizará a situação por meio de súmula. Assim, questões de maior abrangência como o fenômeno da terceirização de serviços de estabelecimento de outro padrão

para as relações de trabalho assinala a Justiça como arena central à modulação e adequação dessa parte da política econômica do governo caracterizando suficientemente a judicialização. Na realidade, esse processo exige a redefinição das relações entre os poderes, especificamente atribuindo-se ao Judiciário uma maior participação no espaço da política. Assim, o Executivo passa a tutelar a participação do Judiciário na arena política, para cumprir um papel prescrito e de comprometimento com a agenda econômica e com a governança.

Refira-se, por importante, que esse comportamento do Judiciário trabalhista no caso da regulamentação do fenômeno da terceirização por intermédio do Enunciado 331 do TST decorreu da atividade típica e regular dos tribunais superiores de cristalizar seus entendimentos padrões. Todavia, isso ao mesmo tempo põe em evidência os juízes como participantes da *policy-making*, no caso intervindo no domínio econômico, exercendo um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma decisão. Esse aspecto da decisão judicial abarca tanto a decisão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

Considere-se ainda que o Executivo quanto aos seus projetos de política econômica na arena do Legislativo, exerce forte efeito na constituição das agendas do Legislativo e do Judiciário. Para Figueiredo e Limongi (2001)⁴³, o poder institucional do Executivo deve-se a posição de principal fonte de iniciativa legislativa, e com grande capacidade para controlar a agenda do Legislativo. O ritmo do processo legislativo é ditado pelo Executivo fazendo com que as leis de iniciativa do Legislativo tenham tempo de tramitação maior dos que os outros poderes, sendo que o menor tempo de tramitação é de leis originárias do Judiciário, porque se referem a matérias incontroversas de organização interna do Judiciário. O Executivo zela e controla para que as matérias introduzidas pelo Judiciário tramitem em regime de urgência e sejam aprovadas. Mas, qual o porquê de o Executivo atuar desse modo? Uma das várias explicações refere-se à preparação da arena judicial a possíveis vetos da oposição quanto à matéria orçamentária, por exemplo. Na busca de soluções judiciais para conflitos políticos, o ambiente fomentado de atuação

⁴³ Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, no livro *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Editora FGV, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

proativa do Executivo em favor do judiciário é uma boa estratégia. Figueiredo e Limongi demonstram que a tramitação em regime de urgência é a regra quanto às matérias introduzidas pelo Judiciário, porque, de acordo com a Constituição, só o Judiciário pode propor leis para regular suas atividades.

O colégio de líderes é uma instância criada no âmbito do legislativo com a função de aprovar requerimentos de “urgência” e “urgência urgentíssima” para matérias que queira ver aprovadas, e o resultado dessa prática é o esvaziamento das comissões e do próprio plenário. Com essa instância centralizada para negociar, o Executivo vê minimizadas as incertezas e dificuldades de uma negociação descentralizada e passa a relacionar-se diretamente com o colégio de líderes. Desse modo, o colégio cuida para que demandas administrativas do Executivo e do Judiciário tramitem e sejam atendidas no prazo requerido. O Executivo negocia de antemão as demandas administrativas do Judiciário para que elas tramitem em regime de urgência. O Executivo consorcia-se aos interesses e benefícios para o Judiciário, não sendo óbice as suas demandas administrativas. A contrapartida do Executivo está na garantia desse padrão de atuação na arena legislativa.

Diante disso, fica a questão de qual deve ser a contrapartida do Judiciário? O Judiciário teve papel destacado na marcha das privatizações de empresas estatais na década de 1990, ao decidir sobre a sua legalidade.

Vanessa de Oliveira (2005)⁴⁴, após analisar os dados obtidos de um total de 842 ações ajuizadas por associações de classe, sindicatos e partidos políticos contra a política de privatizações, e mais 39 ações diretas de inconstitucionalidade (Adins), relativas ao programa de privatizações, pondera que **“nenhuma das ações conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal”**. Analisou também que os juízes têm se eximido de adotar uma postura política ativa de promover uma interferência judicial em âmbito eminentemente político⁴⁵. Na realidade a política é essa, a de não interferência.

⁴⁴ Artigo Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados* [online]. 2005, vol.48, n.3, pp. 559-686. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>, de Vanessa Elias de Oliveira.

⁴⁵ Vanessa de Oliveira, em conclusão, afirma que “o acionamento do Poder Judiciário por partidos, entidades de classe e associações de trabalhadores, não tendo conseguido impedir a venda das empresas estatais incluídas no PND, não per fez os resultados políticos esperados por meio do acionamento do Judiciário e, dessa forma, não reproduziu no país o fenômeno da judicialização da política”.

Nesse contexto, Alfredo Bosi (2003)⁴⁶ observa que o traço grosso da dominação é inerente às diversas formas de colonizar, e que *tomar conta de* implica não somente em *cuidar*, mas também em *mandar*. Não se diz com isso que o Executivo manda no Judiciário, mas sim que há uma cultura que dita e valoriza sobremaneira a agenda política e a arena do Executivo em detrimento dos demais poderes.

Como se sabe, a função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver os conflitos de interesses entre cidadãos, entidades e Estado, sendo uma instituição política, cujas decisões judiciais influenciam e são influenciadas pelas agendas do Legislativo e do Executivo em jogos multidimensionais. Na pesquisa, o exame das evidências empíricas demonstra que a independência judicial frente ao Legislativo ocorre quando o Judiciário está mais adstrito ao Poder Executivo. O que se evidencia igualmente é a dinâmica de atuação das diversas instituições governamentais (Executivo, Legislativo e Judiciário) nas suas diversas arenas, em composições e jogos que resultam respectivamente na promoção de seus objetivos políticos (de cada instituição).

As instituições importam e conformam interesses, e pode-se falar em jogos de dois níveis para o Judiciário. Um de relações entre instituições, principalmente Executivo e Legislativo, integrando o sistema de governo e responsabilizando-se pelos resultados políticos, e outro, *interna corporis*, de conformação da magistratura e servidores aos desígnios da política judiciária.

Nesse contexto, se entende por instituição uma sociedade de indivíduos que ao se organizar estabelece para a sua convivência comum um determinado arranjo, baseado nos costumes e tradições que derivam em regras e normas, para o seu funcionamento. Nessa perspectiva, os indivíduos ficam juntos como iguais e formam uma organização para resolver os seus interesses coletivos, o que vale dizer, eles formam um governo. Para Rothstein (1996)⁴⁷, os membros da comunidade logo descobrem que, a fim de prosseguir os seus interesses comuns, eles precisam de quatro tipos básicos de instituições políticas. Um tipo de instituição serve para a tomada de decisões

⁴⁶ Alfredo Bosi no livro, *Dialética da Colonização*, 4ª edição, Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

⁴⁷ Bo Rothstein in *Political Institutions: An Overview*. In *A New Handbook of Political Science*. Edited by Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann. Oxford University Press, New York, 1996.

coletivamente vinculantes sobre como regular os interesses comuns (uma instituição de criação de regras). Um segundo tipo de instituição é necessária para a execução dessas decisões, para aplicar essas regras. Um terceiro tipo de instituições é necessário para cuidar de disputas individuais sobre como interpretar as regras gerais estabelecidas pela primeira instituição em casos específicos. Por último, um quarto tipo de instituição é necessário para cuidar e punir os infratores, seja no âmbito interno ou externo (instituições que impõem as regras e normas). As instituições políticas⁴⁸ não têm por função corresponder a causas independentes, mas sim manifestam a estruturação econômica básica da sociedade, são ativas e nunca permanecem estacionárias.

Assim, resta evidente a existência de uma determinada prática institucional do Judiciário fundada historicamente na observância dos condicionamentos político, econômico e cultural incorporados na agenda econômica do Executivo.

O estudo do comportamento do Poder Judiciário a partir de suas decisões em relação à política econômica do governo, como é o caso do processo de reforma do Estado e privatização de empresas estatais, caracteriza o Judiciário como partícipe dessas reformas orientadas pelo mercado.

Portanto, é imprescindível examinar a evolução do sistema judicial e as condições em que se deu, com vistas à compreensão do papel da Justiça do Trabalho na formulação de sua jurisprudência, e que pode ser chamada de jurisprudência política, - conforme se verá adiante -, especificamente, quanto à terceirização de serviços e mão de obra. Nesse contexto, as reformas econômicas orientadas pelo mercado promovidas pelo Executivo chamaram à responsabilidade o Judiciário trabalhista enquanto instituição política de governo.

⁴⁸ Engels no livro “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, com a primeira edição em 1884, comenta o resultado das investigações de Lewis H. Morgan, a modo de testamento deixado por Marx. Comenta, “A família, ‘diz Morgan’ é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos, só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente”. Karl Marx acrescenta: “O mesmo acontece, em geral, com os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos”.

Conforme já referido, Mauro Cappelletti⁴⁹, embora faça a ressalva de que a sua análise sobre a função jurisdicional e o papel da magistratura não se estende aos países em via de desenvolvimento como o Brasil, observa a emergência da “Tendência Evolutiva de Convergência” entre os sistemas da *Civil Law* e *Common Law*. Quanto à estrutura e organização no sistema judiciário da *Civil Law* no vértice há uma dicotomia de cortes supremas, uma para matérias civis e penais e outra para matérias administrativas. Nos Estados Unidos há uma estrutura unitária e compacta. No Brasil, segue-se o modelo dos Estados Unidos com o Supremo Tribunal Federal examinando todas as matérias. Com a Emenda Constitucional 45/2004, e a criação do Conselho Nacional de Justiça mitigou-se o exame da matéria administrativa dos tribunais que antes era feita pelo STF, passando então para o CNJ. O STF tem número bastante grande de processos para julgar, tarefa hercúlea a ser realizada por onze ministros. Nos Estados Unidos o instituto do *writ of certiorari* concede a corte escolher decidir as questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade. Outra diferença diz com o tipo de juízes ou a sociologia judiciária, porquanto no sistema da *Civil Law* a jurisprudência tende a aparecer como a “aplicação puramente técnica e quase mecânica da lei”, enquanto a jurisprudência da *Common Law* é mais aparente, expressa, com repercussão maior, porque “a nomeação para o cargo de juiz junto a um tribunal superior constitui usualmente escolha política, que premia uma personalidade de destacado relevo”. Outra diferença é a falta nos países da *Civil Law* do *stare decisis*, ou a vinculação a regra dos precedentes judiciários, ou seja, no sistema *Civil Law* o pressuposto é a lei, o juiz como aplicador da lei, e no sistema da *Common Law* isso ocorre ao contrário no qual a lei é fonte excepcional do direito.

Na tradição da *common law* as leis são vistas menos como atos do parlamento e mais como o acúmulo de decisões e interpretações de juízes. As decisões tomadas por juízes anteriores em casos semelhantes são vinculativas

⁴⁹ Mauro Cappelletti elenca série de questões para ser examinadas quando se pesquisa o Poder Judiciário, a saber: “que tipo de judiciário existe em determinado país e qual o seu grau de independência em relação ao executivo? Como são organizados e operam os tribunais superiores? É realístico esperar que tais cortes exerceriam, de maneira razoável, mais alto grau de discricionariedade que lhes fosse atribuído? Quais seriam as reações a tal discricionariedade e o vigor dos preconceitos contrários? Existe desequilíbrio na distribuição dos poderes e, em caso afirmativo, é realístico esperar que os juízes possam e desejem lançar, por assim dizer, o próprio peso sobre o prato da balança, para alcançar melhor equilíbrio?” in *Juízes Legisladores?* Sergio Antonio Fabris Editor, p. 113.

para um juiz. Como resultado, os juizes criam o direito, bem como aplicam e interpretam.

Nos países que seguem a tradição da *civil law*, o fundamento da lei é um código legal abrangente e autoritário, sendo sobre ele que as legislaturas constroem uma superestrutura de estatutos. Nesses países os juizes interpretam a lei, eles não a fazem. De acordo com essa distinção clássica, o papel do Judiciário no sistema de governo dos países de *common law* é mais relevante. No Brasil a peculiaridade do nosso sistema federativo, muito mitigado frente ao modelo norte-americano, assemelha-se, por força da cultura da nossa estrutura administrativa centralizada, ao Judiciário típico de um Estado unitário. Todavia, possui elementos dinâmicos dos dois sistemas jurídicos ocidentais resultando no tipo brasileiro de Justiça, no qual a jurisprudência tem força política de lei. Alguns pesquisadores do sistema judicial explicam essa convergência ao descreverem o comportamento do Judiciário em sistemas de direito positivo (*civil law*) em termos de "precedente" e em termos de "códigos" nos sistemas de *common law*.

1.3. Modelos explicativos do papel do Judiciário. 1.3.1. Escolha racional. 1.3.2. Veto *player* (o poder de veto do Judiciário). 1.3.3. Jurisprudência política. 1.3.4. *Path Dependence*. 1.3.5. Judicialização.

Os tribunais superiores na sua função judicante produzem jurisprudência que, na atualidade, está além de resolver o caso concreto, mas sim orientando decisões futuras da Justiça para casos análogos⁵⁰. Essa jurisprudência na prática compara-se à lei, valorizando-se as reiteradas decisões no mesmo sentido, como a regra do precedente da *Common Law*. Os tribunais superiores estão legislando? Porque isso ocorre? Qual a força que desloca a atividade do Legislativo para o Judiciário. Qual o papel do Executivo? Isso tem a ver com a agenda econômica do governo? Busca-se com esse trabalho de tese responder a essas indagações. Uma das hipóteses diz que o Poder Judiciário legisla em resposta positiva à efetivação da política econômica do Governo Federal, porque reformas econômicas voltadas para o mercado requerem novo padrão de "segurança jurídica" para o cumprimento dos

⁵⁰ No caso objeto deste trabalho, a terceirização de serviços e mão de obra, o enunciado de súmula 331 do TST teve por substrato várias ações que tinham por objeto esse fenômeno.

contratos, o que força o deslocamento de poder do Legislativo para o Judiciário. Outra, de que a afirmação da política econômica do Executivo Federal pelos tribunais superiores limita a atuação das instâncias inferiores da Justiça em prol dos direitos sociais constitucionais. Ou seja, política econômica voltada para o mercado requer a não efetivação dos direitos sociais constitucionais, por incompatíveis.

Em suma, o Executivo detém mecanismos legais para regular o nível das atividades do Legislativo e do Judiciário, e, no que diz respeito ao Judiciário, a possibilidade de provocar o aumento da atividade judicial para além de suas atividades típicas, como estratégia à realização de seus interesses no domínio econômico.

Isso considerado passa-se ao exame de alguns modelos teóricos da Ciência Política que podem auxiliar nas pesquisas que tenham o Poder Judiciário como objeto, tais como: a escolha racional; o veto *player* (o poder de veto); a jurisprudência política; o *path dependence*; e a judicialização.

1.3.1. Escolha racional.

Com fundamento na teoria da escolha racional pode-se formular previsões e possíveis cenários de atuação, bem como aferir o grau de participação dos indivíduos em determinadas ações coletivas. Assim, as organizações que concentram as ações coletivas buscam convencer os seus membros de que o sucesso de uma iniciativa ou ação lhes trará benefícios práticos. O desafio está em explicar o funcionamento das instituições políticas e de que modo exercem restrições sobre as escolhas individuais. Para Ferejohn e Pasquino (2001) as instituições políticas e sociais são formas de regular ou direcionar as atividades de pessoas capazes de responder de forma minimamente racional as suas diretrizes.

Tsebelis (1990) utiliza a teoria dos jogos para estudar as interações entre atores políticos diferentes, e que atores individuais e institucionais tentam promover ao máximo a realização de seus objetivos⁵¹. Na teoria dos jogos os jogadores enfrentam uma série de opções e estratégias; quando cada um escolhe uma estratégia, os jogadores juntos determinam o resultado do jogo

⁵¹ Para George Tsebelis, “A interação entre economia e política também pode ser conceituada com diversos jogos jogados pelos mesmos atores”.

recebendo cada um o seu respectivo ganho associado a esse resultado. Assim, na teoria dos jogos a solução de um problema está vinculada a fixação das estratégias disponíveis e o ganho de cada um.

Fixadas as regras do jogo e os ganhos os atores escolhem estratégias ótimas para si. Cada jogador escolhe uma estratégia que maximize seu ganho, levando em consideração os que os outros jogadores fazem. Tsebelis defende que ações subótimas são casos de desacordo entre ator e observador, porque o observador centra sua atenção em apenas um jogo, mas o ator está envolvido em toda uma rede de jogos, o que ele chama de jogos ocultos. Assim, o que parece subótimo na perspectiva de um único jogo é na realidade ótimo quando se considera toda a rede de jogos. Do mesmo modo acontece quando o ator está envolvido em diversas arenas e o observador desaprova as suas escolhas porque vê somente as implicações dessas apenas na arena principal, esse é o caso de jogos ocultos em múltiplas arenas.

O que interessa para a pesquisa nessa questão teórica é o denominado projeto institucional, no qual o ator está envolvido no jogo sobre as regras do jogo. Nesse caso, o jogo na arena principal está inserido num jogo maior quando as próprias regras do jogo são variáveis, e o conjunto de opções disponíveis é maior do que no jogo original. Jogos em múltiplas arenas são representados tecnicamente por jogos com ganhos variáveis. O projeto institucional⁵² refere-se à inovação política quanto às regras do jogo, ou seja, os atores escolhem entre diferentes jogos possíveis e entre possíveis conjuntos de regras e, desse modo, ampliam o seu espaço estratégico e podem escolher uma opção que antes não estava disponível.

Neste trabalho examina-se o jogo da legitimação do fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra no país, por intermédio da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A terceirização de serviços é

⁵² Para Tsebelis, no “caso do projeto institucional, um ator racional procura aumentar o número de alternativas, ampliando desse modo o seu espaço estratégico. Em vez de limitar-se a uma escolha entre estratégias disponíveis, ele redefine as regras de todo o jogo, escolhendo entre uma gama maior de opções. Dessa maneira, as mudanças institucionais podem ser explicadas como planejamento consciente pelos atores envolvidos. No caso do projeto institucional, a discordância entre ator e observador deriva do fato de que o observador não antecipa a inovação política efetuada pelo ator. Tivesse o observador sabido que existiam opções adicionais, ele teria concordado em que uma das novas opções era ótima. Desse modo, o projeto institucional fornece uma maneira sistemática de pensar a respeito das instituições políticas. As instituições não são consideradas somente como coerções herdadas, mas possíveis objetos da atividade humana”.

uma das práticas empresariais com larga aplicação no Brasil na década de 1990, constituindo-se na transferência de certas atividades, consideradas secundárias, para que outros as realizem (prestadores de serviços - pessoas físicas ou jurídicas). O objetivo da prática da terceirização de serviços é a concentração de recursos na atividade fim da empresa para aumento da produtividade, redução de custos, melhora das condições de competição no mercado e para o incremento da taxa de lucro.

Como já referido, na década de 1990, houve profunda reorganização das relações de trabalho no Brasil por força dos postulados do liberalismo econômico, da razão do mercado de consumo e das leis da oferta e procura. As grandes empresas, adstritas a esses limites, adotaram a estratégia de tornar mais flexíveis o emprego de mão de obra e passaram à prática de terceirizar várias de suas atividades, o que implicou igualmente na terceirização da mão de obra.

Na realidade, a terceirização é a mudança formal da condição dos empregados na atividade produtiva, em vez do contrato de trabalho ressurgem o contrato de natureza civil, o contrato de prestação de serviços. Apesar de não existir lei específica para regulamentar esse fenômeno, a Justiça do Trabalho ao julgar os casos de terceirização de mão de obra tem na prática regulado essa atividade, a partir do seu recorrente entendimento sobre essa matéria⁵³. Assim, a regulação da terceirização está sendo feita por meio da súmula 331 (publicada em 21.12.1993) do TST.

Observe-se que a Constituição da República dispõe ser competência privativa da União legislar sobre o direito do trabalho (art. 22, I), e cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União (art. 48, *caput*). Logo, é na arena do Legislativo, a partir da iniciativa de qualquer membro do Legislativo, do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República e aos cidadãos nos casos previstos na Constituição, que deve ser debatido um

⁵³ Martin Shapiro (2002) identifica um novo movimento na teoria jurídica ao qual denomina de jurisprudência política. Para esse pesquisador do fenômeno da judicialização, as súmulas dos tribunais constituem-se no núcleo da jurisprudência política e, desse modo, evidencia-se que os juízes são atores políticos. Este novo movimento é essencialmente uma extensão de certos elementos da jurisprudência sociológica e do realismo judiciário combinada com o conhecimento de fundo da metodologia da ciência política (SHAPIRO, 2002, p.19).

projeto de lei para tratar “de interesse de milhões, talvez, de trabalhadores do País inteiro”.⁵⁴ A questão é tentar compreender o motivo pelo qual o Executivo e o Legislativo, aparentemente, não agiram nesse caso.

Uma explicação razoável relaciona a terceirização com a agenda econômica do governo. A partir da década de 1990, e com as profundas alterações na condução das políticas macroeconômicas e no modo de inserção do país no contexto da economia internacional, o espaço da compra e venda da força de trabalho registrou ampla e profunda alteração. A agenda econômica do país estava orientada nesse novo cenário de competitividade decorrente da abertura industrial, comercial e financeira. O investimento produtivo demandava melhores condições para a competitividade nacional, o que levou à estratégia de adaptação à sobrevivência das empresas com menor capacidade produtiva, que representam a maior parte do setor produtivo do país. A partir disso, foram feitas as mudanças no processo de trabalho, com o avanço da terceirização de mão de obra.

Em fevereiro de 1991 foi lançado o Plano Collor 2, com congelamento de preços e salários, política de juros altos, redução de tarifas de importação. Órgãos estatais foram extintos, com perdas de competências acumuladas e de planejamento. O setor privado passa a ser o vetor do desenvolvimento, com intensa diminuição da ação do Estado. As decisões sobre investimento são calcadas no financiamento público de infraestrutura adequada para a instalação, farta mão de obra disponível, acesso ao mercado consumidor e benefícios fiscais. Os Estados passam a oferecer benefícios fiscais de longo prazo com a finalidade de atrair investimentos, é a chamada “guerra fiscal”. A partir de 1993 o governo executou de combate ao déficit público, com aumento na arrecadação, cortes no orçamento e contenção dos vencimentos dos servidores públicos, e intensificando o programa de privatizações. O ano de 1993 foi de inflação elevadíssima, na ordem de 2.477%, conforme se verifica da evolução do IPCA (%) na tabela 1.

⁵⁴ As notas taquigráficas da sessão do TST que editou o enunciado 331, posteriormente súmula, que trata da terceirização de serviços (Anexo 1) trazem os argumentos dos ministros que participaram da sessão. O Ministro José Calixto Ramos argumentou: “[...] e, em que pese a todas as argumentações que já ouvi dos Exmos. Srs. Ministros com relação à modernidade, ao avanço tecnológico, etc., ainda está em minha mente que terminarei, data venia, chancelando o próprio processo que é do meu conhecimento, já está em moda, exatamente a dispensa de milhares de trabalhadores e a contratação de mão de obra, não apenas para aqueles casos específicos em lei”.

TABELA 3

990	991	992	993	994	995	996	997	998	999
.620,97	72,70	.119,10	.477,15	16,46	2,41	,56	,22	,66	,94

Fonte: IBGE.

Portanto, é nesse contexto de grande instabilidade econômica que a agenda econômica era executada. Diniz (2004) observa que a lógica da atuação do Estado foi atravessada pela lógica do mercado, com reconfiguração do ambiente institucional a partir de uma política econômica dirigida ao redimensionamento do próprio Estado e na abertura da economia ao exterior. É evidente que o objetivo do governo à época era realizar a sua agenda, contando para isso com o Legislativo e o Judiciário, como se verifica da análise das notas taquigráficas da sessão do TST de 17.12.1993. Importante reter desse fato, que o Executivo (governo) promoveu ao máximo o seu objetivo, em coordenação com o Legislativo e o Judiciário, quanto a tornar legal a terceirização de serviços, resultando na aprovação de uma norma jurídica, sem as incertezas e as barganhas para a sua aprovação na arena legislativa, o que se demonstra no decorrer da pesquisa.

1.3.2. Poder de veto do Judiciário (*veto player*).

O exame da evolução histórica do sistema judicial permite uma visão do seu papel no sistema político. Rothstein (1998) observa que na teoria do grupo em suas várias formas, as instituições foram amplamente vistas como arenas onde as batalhas políticas entre grupos com interesses pré-definidos ocorreram, mas a construção específica das arenas, como tal, não foi considerada como uma variável importante para determinar os resultados de tais batalhas. Na análise política marxista tradicional, as instituições políticas não têm função causal independente, porque simplesmente espelham a estrutura econômica básica da sociedade. Assim, compreendendo que as instituições judiciais são importantes arenas de disputas políticas, tenta-se responder as seguintes questões: são os juízes *veto players*? Os juízes são atores no desenvolvimento do projeto institucional e participam do estabelecimento das regras do jogo?

Para Tsebelis⁵⁵ (2002) *veto players* são atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para a mudança do *status quo*. Para a pesquisa interessa observar os atores coletivos, porquanto os tribunais são colegiados e as decisões não são monolíticas, especialmente quanto a sua jurisprudência. Esse colegiado vai interpretar a lei de acordo com o seu ponto de vista (ou interesse), procurando eliminar a possibilidade dela – a decisão – ser anulada. A Constituição da República ao instituir que os poderes da União (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) são independentes e harmônicos entre si, assinala que no regime político brasileiro o Poder Judiciário é instituição política fundamental para o sistema de governo, portanto, necessário *veto player*.

Para Tsebelis, as autoridades judiciárias ao fazerem interpretações legais, sabem da possibilidade de o Legislativo anular suas decisões, por isso evitam determinados tipos de escolhas. Assim, o Judiciário vai tentar interpretar a lei de acordo com seu ponto de vista (ou talvez interesse), mas eliminando a possibilidade de serem anuladas.

De acordo com a teoria de *veto players*, o que importa para a independência e importância do Judiciário não é o sistema legal de um país, mas se os tribunais são constitucionais ou não, e a dificuldade do sistema político para anular uma interpretação legal ou constitucional. A questão é a seguinte: se os tribunais podem interpretar a Constituição e fundamentar suas decisões com base nela, essas decisões não podem ser anuladas pelo sistema político. Excetuando-se a modificação da Constituição, caracteriza o Judiciário como *veto player* cada vez que uma decisão sua - do Judiciário - invalida uma lei.

O simples fato de o Judiciário de um país interpretar lei para aplicar a um caso concreto não o torna um *veto player*, todavia cada vez que um tribunal constitucional interpretar lei e a considerar inconstitucional isso é suficiente para revogar a legislação aprovada pelo Legislativo. Alguns países como a França tem uma análise a priori e abstrata da legislação, invalidando leis por motivos constitucionais, antes de serem aplicadas. Nesse caso, o Conselho Constitucional da França age como uma câmara adicional do

⁵⁵ Tsebelis afirma que a Constituição de um país pode atribuir status de *veto player* aos diferentes atores individuais e coletivos e, assim, eles são chamados de *veto players* institucionais.

parlamento e pode vetar a legislação ou de parte dela pouco antes de ser assinada e promulgada pelo Presidente da República.

Stone-Sweet (2000) defendem que os tribunais constitucionais, ao considerarem determinada lei inconstitucional tiveram por efeito, em alguns países, a alteração profunda no relacionamento entre os tribunais e as legislaturas, produzindo uma constante interação entre essas duas instituições. De acordo com essa interação, legislaturas estão sempre cientes de que suas ações podem ser anuladas pelos tribunais constitucionais, e às vezes até mesmo pedir aos tribunais para obter instruções, a fim de imunizar suas decisões de revogação judicial. Segundo Stone-Sweet, isso tem feito com que os tribunais se tornem cada vez mais especializados em diferentes áreas, reduzindo o poder discricionário do Poder Legislativo. Como resultado, processa-se a formação de um governo de juízes. Tsebelis refuta essa conclusão, embora admita como correto o argumento de que os tribunais constitucionais são jogadores de veto, porque podem anular leis. Tsebelis afirma que para um *veto player* fazer a diferença política deve estar localizado fora do núcleo de unanimidade dos outros *veto players* existentes. Argumenta que os tribunais constitucionais, muitas vezes, encontram-se dentro do núcleo de unanimidade dos outros *veto players*, por uma razão principal, qual seja o processo de nomeação para os mais altos cargos.

Portanto, os juízes caracterizam-se como *veto players* quando podem anular leis. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte detém a prerrogativa do controle da constitucionalidade das leis (*judicial review*) a partir da interpretação do artigo 6º da Constituição americana pelo juiz John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803. Com isso, a Suprema Corte norte-americana adquiriu o poder de controlar os outros órgãos políticos – Executivo e Legislativo. Esse mecanismo integra o sistema político norte-americano, mas claro que esse modelo constitucional influenciou diversos países ocidentais e do continente latino-americano, inclusive o constitucionalismo brasileiro.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (a primeira republicana), de 24.02.1891, com a influência de Rui Barbosa, adotou o sistema de engenharia constitucional norte-americana como as instituições republicanas, federação, presidencialismo, a jurisdição universal (típico da *common law*) a *judicial review*, que permite a mais ampla cognição do juiz e

aos tribunais submetendo todas as causas. Os juizes republicanos oriundos do Império baseados no sistema francês de separação da jurisdição comum da administrativa, foram refratários ao novo modelo norte-americano de controle da constitucionalidade, e que se recusavam tal controle sobre os outros poderes da república. Para mitigar essa resistência sobreveio lei de organização judiciária que estabelecia que **“os juizes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem...”**, ou seja, o Poder Legislativo conferiu aos órgãos do Poder Judiciário, a atribuição de controle de constitucionalidade das leis. Essa é a diferença fundamental com os Estados Unidos, porquanto lá a Suprema Corte avocou esse poder de controlar a constitucionalidade das leis e, por consequência, os demais poderes.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem entre suas funções o controle de leis e atos normativos. Para isso utiliza-se de um sistema híbrido de controle da constitucionalidade inspirado no modelo anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido), e da Europa continental, cujos principais instrumentos são: a ação direta de inconstitucionalidade; a ação declaratória de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental. O controle da constitucionalidade compreende o difuso (sistema aberto), em que todos os órgãos do Poder Judiciário realizam esse controle, e o concentrado (reservado), no qual poucos órgãos tomam decisões sobre a constitucionalidade das leis e de atos normativos, e geralmente o controle é competência exclusiva de um só órgão, o mais elevado do Judiciário, como a Suprema Corte norte-americana. O Brasil é um dos poucos países do mundo que se utiliza do sistema híbrido de controle da constitucionalidade. Consequentemente, no Brasil, à luz do modelo estudado, todos os órgãos do Poder Judiciário são jogadores de veto (*veto player*), porque detém o poder de anular a legislação.

Como já referido, Vanessa Oliveira examinou as diversas ações que tramitaram por órgãos judiciais do país contra as privatizações, concluindo que **“embora os leilões de privatizações tenham sido interrompidos ou retardados, nenhuma venda foi anulada por sentença judicial. Ainda citando Almeida (1999:438-439), ‘a descentralização do Judiciário e a falta de coerência entre os diversos tribunais regionais transformaram a privatização em uma batalha judicial. Ainda assim, a convergência entre a política do Executivo e a**

interpretação da Constituição dada pelo Supremo permitiu a continuidade do programa [de privatizações]”.

Desse modo, concluiu-se que em tese os juízes no Brasil caracterizam-se como jogadores de veto, na medida em que podem anular leis e atos normativos, mas na prática não conseguem articular e coordenar esse poder de modo a barrar e anular leis que integram a agenda política e econômica do Executivo.

1.3.3. Jurisprudência política.

O modelo jurisprudência política Shapiro (2002) identifica um novo movimento na teoria jurídica, ao qual chama de jurisprudência política. Esse novo movimento é essencialmente uma extensão de certos elementos de jurisprudência sociológica e do realismo judicial combinado com o conhecimento substantivo e metodologia da ciência política. Nesse sentido, jurisprudência política é uma tentativa de avançar a jurisprudência sociológica para uma maior especialização. Afirma que a jurisprudência política é, entre outras coisas, uma extensão dos resultados das outras áreas da ciência política para o reino da lei e dos tribunais, uma tentativa de racionalizar a presença do direito público, como um estudo de campo no âmbito da disciplina, e um esforço para completar a ciência política e de alguma forma integrar aspectos legais e judiciais para o quadro da vida política. Assim, tem por finalidade superar as proposições bastante nebulosas e generalistas do movimento anterior, concentrando-se nos aspectos especificamente políticos da interação da lei com a sociedade, e descrever o impacto concreto de um regime jurídico sobre a distribuição de poder e recompensas entre os vários elementos de uma dada sociedade.

Do realismo judicial, a jurisprudência política deriva uma preocupação peculiar para as atitudes e o comportamento dos juízes e do ambiente das decisões judiciais. Na verdade, muitos dos juristas políticos têm dedicado a maior parte de seus esforços para a elaboração de uma metodologia que permitirá então refinar o sistema para medir a força e a direção das atitudes judiciais e relacioná-las com os reais padrões de decisão. Para Shapiro a premissa dessa jurisprudência política é a compreensão pelos próprios juízes que fazem mais do que aplicar a lei ao caso concreto, é

entender o seu poder, e poder implica essencialmente em escolha. Política só pode ser ligada com a jurisprudência quando se percebe isso.

O núcleo da jurisprudência política é uma visão de tribunais como órgãos políticos e juízes como atores políticos. Nesse contexto (norte-americano) os juízes e os tribunais são uma parte integrante do governo e da política, e, portanto, atores políticos.

Uma das críticas que se faz do modelo jurisprudência política é o obscurecimento da singularidade do direito e das instituições jurídicas. Ao repetir constantemente que os tribunais são agências políticas e juízes são atores políticos, e ao lidar com os tribunais e juízes, como se fossem integrantes do governo, a jurisprudência política tende a enfatizar as semelhanças entre tribunais e juízes com outras instituições políticas e políticos. Mas, se tudo isso parece corroborar para o entendimento de que os juízes são apenas um bando de políticos, então o equívoco está no entendimento do observador e na conotação desfavorável frequentemente ligada às palavras "política" e "político".

O estudo da política é, com certeza, parcialmente destinado a expor semelhanças entre diversos atores e instituições políticas, mas certamente também se destina a descobrir as suas diferenças. O papel essencialmente político dos tribunais está estabelecido, possibilitando a jurisprudência política ter por enfoque a análise das diferenças nos papéis político dos tribunais e de outras instituições políticas.

A multiplicidade e a complexidade do governo moderno são em grande parte baseada na diferenciação de funções entre os órgãos. Se os tribunais e os juízes não estavam realizando uma função política diferente de outras instituições políticas, qualificando a arena política, eles não seriam tão politicamente bem sucedidos como o são. Consequentemente, a jurisprudência política no futuro procurará explorar as qualidades especiais dos tribunais e à luz dessas – qualidades -, determinar tarefas governamentais adequadas aos tribunais de modo melhor do que outras instituições políticas.

Por fim, outra crítica à jurisprudência política refere-se à concentração, quase exclusiva, no Supremo Tribunal Federal e no direito constitucional. Ao escolher o tribunal reconhecidamente mais político - e encorpado politicamente pela lei -, como base para a criação de um modelo,

pode-se distorcer seriamente a sua descrição da relação entre política e direito. E isso não significa que outros tribunais são menos “políticos”, certamente a jurisprudência dos outros tribunais pode fazer muito mais do que o Supremo Tribunal, e alguns tribunais estaduais fazem muito mais política em áreas específicas do que os tribunais acima deles.

Para a pesquisa, a noção de jurisprudência política é a que melhor explica o papel da jurisprudência dos tribunais superiores em substituição ou anulação de lei.

1.3.4. Path Dependence.

Outra perspectiva é a da *path dependence*, cuja afirmação central é que as escolhas do momento da formação de uma instituição, ou quando a política institucional está sendo formulada, têm um efeito restritivo no futuro. Essa dinâmica ocorre porque instituições e política têm a tendência para inércia, ou seja, uma vez que um caminho foi arduamente forjado, haverá um esforço bastante significativo para desviá-lo para outro curso.

A *path dependence* pode ser expressa no excerto do texto “O 18 de Brumário de Luís Bonaparte”,⁵⁶ de Karl Marx, escrito em 1852. Marx explica que o homem ao fazer a própria história se defronta com circunstâncias ligadas e transmitidas pelo passado e que o processo de criação tem por substrato a tradição, e essa tradição é a herança reverenciada para justificar as escolhas realizadas. Desse modo, com fundamento na economia política Marx, *avant la lettre*, caracteriza bem a *path dependence*. Modernamente, a teoria da *path dependence* também tem origem no campo de conhecimento da economia.

Essas considerações são necessárias porque se examina principalmente a atuação do Judiciário trabalhista na alteração das condições

⁵⁶ Segundo Marx “Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, ligadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e as coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar a nova cena da história do mundo nesse disfarce tradicional e nessa linguagem emprestada.” [O 18 Brumário de Luís Bonaparte, Karl Marx em Obras Escolhidas, Vol. 1 – Editora Alfa-Omega, São Paulo, p. 203]. O 18 de Brumário de Luís Bonaparte, escrito por Karl Marx entre dezembro de 1851 a março de 1852. Publicado na revista *Die Revolution*, de Nova York, em 1852. Em janeiro de 1859, Marx publica, em Londres, Contribuição à crítica da Economia Política, e, em 1867, na Alemanha, o livro primeiro de O Capital: crítica da economia política, com o título “O processo de produção do capital”.

de trabalho, alteração essa em consonância com a agenda econômica do governo e orientada pelo mercado. Quando adiante estudarmos a evolução histórica do Poder Judiciário no Brasil, verificaremos que nas origens da história do Brasil a administração da justiça era função delegada pelo rei ao capitão donatário (capitanias hereditárias), e, posteriormente, no sistema de governo geral, a administração da justiça foi concentrada no representante do rei. Portanto, a tarefa de governar implica na administração da justiça, e a partir disso passa a se desenvolver no tempo o sistema judicial brasileiro. Assim, pode-se inferir disso que a concentração da administração da justiça em poucos ou em um representante a torna mais adstrita à realização da agenda econômica do governo. Ao contrário, uma administração mais desconcentrada dificulta essa realização.

Para Skocpol (1985) pode-se avaliar a autonomia de determinado Estado a partir de alguns indicadores institucionais, tais como: o grau de centralização e descentralização de autoridade, meios financeiros, o ambiente e o comportamento dos principais atores econômicos e sua relação com o Estado.

North (1993), ao estudar as instituições a partir da história econômica entende que instituições enquanto organizações têm por função diminuir o custo de transação e proporcionalmente aumentar o nível de informação. Nessa perspectiva, as instituições são estáveis e a mudança ocorre de modo incremental, com exceção dos momentos revolucionários.

O processo de desenvolvimento de uma determinada instituição política envolve retorno positivo que anima a continuidade em uma mesma trajetória, ou seja, o benefício relativo da continuidade é maior em comparação com outras opções possíveis. No campo da economia, o que possibilita a continuidade na mesma trajetória são os retornos crescentes. Isso significa que aumenta a probabilidade de permanência no mesmo caminho e direção aumenta cada vez que se avança no mesmo caminho. Desse modo, crescem os custos para se adotar alguma alternativa possível, os atores são incentivados a continuar num determinado caminho, porque os passos iniciais foram tomados nessa direção.

Na pesquisa, supõe-se que o modelo do sistema judicial brasileiro é determinado pelas escolhas realizadas no momento de sua formação, e que

essas determinam o seu papel no sistema de governo e na formulação das políticas públicas. A hipótese central foi do deslocamento de atribuições e funções entre os poderes da república, e ele ocorre por força da agenda econômica do Poder Executivo, tendo por efeito imediato a transferência de decisões políticas para a arena judicial.

Ian Greener refere que há um grande potencial à utilização do modelo analítico *path dependence* nos estudos políticos, e que esse modelo tornou-se, em curto espaço de tempo, amplamente utilizado nas ciências sociais, todavia ainda carece de um quadro coerente para delimitar e ajudar na compreensão do sistema dependência da trajetória.

O uso da abordagem da *path dependence* busca entender, na presente pesquisa, como as decisões que foram tomadas na criação do sistema judicial brasileiro forjaram instituições que, no mais das vezes, limita-se a referenciar a sua própria trajetória.

Nessa perspectiva, uma das críticas à abordagem da dependência da trajetória parece estar justamente nas suas raízes no institucionalismo histórico. Há certo determinismo, ou seja, se a história é tão importante, como romper com isso? Quando a mudança ocorre? Parece que a mudança substancial somente é possível em momentos críticos ou nos espaços antes das instituições e nas políticas para um novo caminho, antes da inércia se tornar norma. Outra crítica diz que muitos pesquisadores utilizam-se da abordagem da dependência da trajetória sem os cuidados adequados, muitas vezes tentam localizar instituições numa cadeia causal, conferindo um papel importante para o desenvolvimento de ideias, sem considerar essas ideias de modo sistemático e coerente. No que diz respeito a retornos crescentes e mecanismos de *feedback* positivos que reafirmam a trajetória, questiona-se se é possível incluir mecanismos de retorno negativos. Finalmente, quanto a essa abordagem Pierson (2000), citando Sartori, alerta que a abordagem *path dependence* tem sido uma vítima do chamado conceito de alongamento. Deve-se considerar que diferentes tipos de sequências temporalmente associadas são gerados de maneiras diferentes e têm diferentes implicações. Esses tipos distintos de processos sociais, que foram agrupados, devem ser desembaraçados e sistematicamente explorados. Limitar o conceito de dependência do caminho para processos de auto-reforço de modo nenhum

impede a investigação de outras maneiras em que as sequências podem explicar os resultados sociais.

Outra perspectiva é expressa por Sweet (2002), propondo que a jurisprudência dos tribunais seja examinada a partir da incorporação de alguns elementos da teoria dos jogos como o *path dependence*⁵⁷, porque uma vez em andamento esses processos de decisão judicial vão construir as técnicas discursivas e modos de tomada de decisão específicos para o exercício do poder judicial. Argumenta que certas características de julgar dos tribunais favorecem o desenvolvimento de padrões de argumentação dependentes do caminho que ajudam a sustentar, e ao mesmo tempo causam o aparecimento de novas estruturas e as condições necessárias para novas extensões da lei. Desse modo, o analista informado pelo *path dependence* pode criar as condições necessárias à ampliação do sistema jurídico incorporando redes de atores que vão se especializando na área jurídica. Assim, se um determinado sistema legal apresentar qualidades *path dependence* poderão ser atendidas as seguintes expectativas: a) quadros de argumentação dos tribunais, caracterizados pela jurisprudência, estabelecem relações fortes entre litigantes e juízes, com *feedbacks* recíprocos, em que cada litígio fornece oportunidades para que os juízes construam novas estruturas e os litigantes apresentem suas sugestões de criação de regras judiciais; b) os resultados são legalmente indeterminados, mas incrementam determinada solução para cada caso; c) as instituições jurídicas produzirão efeitos de rede, incorporando práticas e interesses sociais mais amplos; d) as instituições jurídicas tendem a ser fortalecer, em parte, pelas regras de tomada de decisões que regem a reversão judicial da legislação e, em parte, pela inserção relativa, por intermédio de *feedbacks*, de resultados positivos ao longo do tempo.

1.3.5. Judicialização.

A chamada “judicialização da política” é outra abordagem explicativa para essa atividade do Judiciário que influencia diretamente o campo da política. Ela é a manifestação do Poder Judiciário, provocada por um

⁵⁷ *Path dependence*, na teoria dos jogos, caracteriza-se pela situação na qual o mesmo estado inicial pode originar resultados diferentes por diferentes vias, mas o conjunto de decisões, umas faces a outras, é limitado pelas decisões passadas, em que pesem as circunstâncias passadas não serem mais relevantes.

terceiro com vistas a revisar decisão de um poder político do sistema de governo com fundamento na Constituição. Maciel e Koerner (2002) ao comentarem as obras de Rogério Bastos Arantes e Luiz Werneck Vianna⁵⁸ apontam as diferenças de abordagens do papel do Judiciário na democracia brasileira. Essa abordagem institucionalista tem por referência os relatos dos estudos de casos compilados no livro *The Global Expansion of Judicial Power* organizado por Tate e Vallinder em 1995.

Vallinder no estudo do caso norte-americano constatou que o fator relevante para o desenvolvimento da revisão judicial, e conseqüentemente do poder judicial, é a influência da teoria da Ciência Política e da jurisprudência dos tribunais que propiciaram a sofisticação dos mecanismos de controle judicial. Vallinder classifica a judicialização em dois tipos: *from without* (de fora) e *from within* (de dentro). Na *from without*, o Judiciário provocado por terceiro manifesta-se para revisar a decisão, com fundamento na constituição, de outro poder político; ao realizar o controle jurisdicional da constitucionalidade de lei ou ato de outro poder, o Judiciário vê ampliado seu poder frente aos demais poderes. Já na *from within*, o aparato judicial é utilizado na administração pública como meio de governar assim, métodos e procedimentos judiciais são incorporados pelas instituições administrativas. Contudo, a forma mais difundida de judicialização da política, e pode ser considerada generalizada a quase todos os países é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Pesquisadores das instituições judiciais, muitas vezes, relacionam a judicialização da política com o incremento das ações judiciais. Porém, não necessariamente é assim. O aumento do número de ações tramitando no sistema judicial não significa uma pro-atividade judicial, ou preferência dos operadores do sistema na formulação ou orientação de políticas públicas.

A judicialização da política comporta diversos sentidos e perspectivas, sendo importante destacar alguns: Sweet (2000), ao apresentar a sua teoria da “judicialização” da vida social explica que a judicialização acarreta mudanças observáveis e, portanto, mensuráveis no comportamento individual e

⁵⁸ Comentário dos livros: Luís Werneck Vianna (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002; Rogério Bastos Arantes. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo. Editora Sumaré, 2002.

na natureza dos sistemas de regras segundo as quais os indivíduos vivem. Assim, a teoria deve dar "microfundamentos" para as macromudanças previstas, e "macro-fundamentos" para as micromudanças previstas. No modelo consensual de Sweet, a judicialização pode ser frustrada, ou sufocada, em pontos diferentes. As pessoas podem optar a não submeter os seus conflitos para terceiro resolver. Em optando por terceiro, esse pode tomar decisões caprichosas ou optar por não dar justificativas normativas para suas decisões.

A aplicação de lei e regras ao caso concreto (quem pode processar quem e em que condições) é típica jurisdição e serve para melhorar as ligações entre sistemas de regras e comportamento estratégico discutido. As regras facilitam a judicialização, reduzindo ou eliminando por completo, o poder de qualquer indivíduo para bloquear o sistema. Normalmente, o encaminhamento de um conflito a um juiz para julgamento pode ser efetuada por qualquer uma das partes, sem o consentimento do outro.

O juiz pode ser obrigado, por lei ou precedente, a dar uma justificativa para sua decisão. A decisão tem efeito de lei, obrigatória para as partes em litígio, mas também pode ter valor de precedente, na medida em que a decisão serve para esclarecer as regras relevantes para determinado comportamento ou relações. Os juízes na tomada de decisões também fazem regras, todavia o Judiciário legislar tende a minar a própria legitimidade. Além disso, mina o princípio da separação de poderes, constitutivo da governança expresso no direito constitucional.

Contudo, para a pesquisa importa a dimensão já examinada de Shapiro da jurisprudência política, sem deixar de considerar que no Brasil é bastante propalada a ideia do juiz independente e neutro servidor da lei, e não um agente político.

O sistema jurídico brasileiro de controle da constitucionalidade é difuso, ou seja, em tese qualquer juiz singular do país pode declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, e, desse modo, judicializar determinada questão⁵⁹. Como já examinado nos modelos anteriores, o controle concentrado da constitucionalidade é exercido pelo tribunal constitucional, e, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹ Segundo Canotilho (2003, p.982), o controle difuso da constitucionalidade é uma forma privilegiada para a dinamização do direito constitucional.

Como consequência, a judicialização da política no Brasil pode ocorrer em qualquer instância, e não a partir de tribunais superiores. Esse aspecto é singularmente importante, porquanto qualquer juiz na sua função de prestação jurisdicional detém uma carga de autoridade legislativa, na medida em que pode declarar a inconstitucionalidade de lei, e nesse sentido o juiz no Brasil pode se transformar em importante veto *player*⁶⁰. Isso se verificou no processo de privatização das empresas estatais, quando foram concedidas liminares contra a realização dos leilões.

No que diz respeito aos tribunais constitucionais, alerta Sweet (2000, p.62), sobre o risco de transformarem-se em “câmaras legislativas especializadas”, perdendo desse modo a sua sensibilidade para as questões de constitucionalidade.

Na presente tese, adota-se a perspectiva de Santos (2001) que atrela a judicialização à política de interesses econômicos globais.

A regulamentação pelo Judiciário trabalhista da prestação de serviços decorrente da terceirização inclui-se nesse contexto. O Judiciário trabalhista tem julgado casos de terceirização de mão de obra com fundamento no seu recorrente entendimento sobre essa matéria. A Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, estabeleceu a possibilidade de se contratar por determinado tempo pessoa física para o atendimento das necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou de acréscimo de serviço. Posteriormente, a Lei 7.102/86 possibilitou a terceirização de serviços para o setor bancário ao prever que a vigilância ostensiva e o transporte de valores sejam executados por empresa especializada. A Lei 8.863/94 ampliou essa possibilidade para toda e qualquer empresa ou instituição pública ou privada. Também, é importante referir que a Lei 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT declarando inexistente vínculo de emprego entre os associados e a cooperativa de trabalho e, tampouco, em relação aos tomadores de serviços daquela.

⁶⁰ O conceito de veto *player* é a de um ator político que tem a capacidade de recusar uma escolha a ser feita. Especificamente na análise Tsebelis (1998), um veto *player* é um ator que pode impedir uma mudança do *status quo*. Isso é análogo aos jogadores de um jogo de negociação, onde todos os jogadores devem chegar a acordo.

A inexistência de legislação específica para regulamentar a terceirização de serviços e mão de obra instigou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em substituição ao Legislativo, a criar norma específica (substituição do Enunciado 256 pelo Enunciado 331) para aplicar aos casos de terceirização que lhe são submetidos. Observa-se, que os tribunais superiores, no caso o TST, têm iniciativa de lei, nos termos do art. 61 da Constituição da República, isto é, para regulamentar a prestação de trabalho nas empresas tomadoras de serviços, o TST poderia ter proposto projeto de lei em vez da edição de enunciado (súmula). Mostra-se com clareza que esse tipo de enunciado opera no domínio econômico e social, como regra com prescrição de sanção no caso de “inadimplemento das obrigações trabalhistas” pela empresa prestadora de serviços, caracterizando a jurisprudência política de que trata Shapiro (2002).

Do exposto, conclui-se que a criação do direito pelos tribunais superiores no Brasil configura fenômeno recente, aparentemente em contraposição ao sistema jurídico da *Civil Law*. Todavia, considerada a tendência de aproximação surgida nos países desenvolvidos dos sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, essa contraposição desaparece e inclui no nosso sistema de justiça à regra dos precedentes e a criação do direito pelo Judiciário. A agenda econômica do Executivo federal tem o condão de conformar as agendas do Legislativo e Judiciário, e parece razoável supor que condiciona a formulação de uma jurisprudência em conformidade com a política econômica desenvolvida pelo Governo Federal, responsabilizando-se o Judiciário junto no sistema de governo. Desse modo, os modelos explicativos justificam cada um em parte a atuação institucional da justiça, contudo o da jurisprudência política parece dar conta do novo papel do Judiciário, principalmente no aspecto político na relação lei e sociedade, da distribuição de poder em uma sociedade que se quer democrática.

No capítulo 2, examinaremos a trajetória histórica do sistema judicial brasileiro.

Capítulo 2 – A Trajetória do Judiciário.

2.1. Introdução. 2.2. Evolução histórica do Poder Judiciário no Brasil (Constituições). 2.3. A Constituição da República de 1988. 2.4. A Emenda Constitucional 45/2004. 2.5. O orçamento do Poder Judiciário. 2.6. O papel do Supremo Tribunal Federal.

2.1. Introdução

O objetivo do capítulo é mostrar a evolução das instituições judiciais no Brasil, das suas remotas matrizes portuguesas até a atualidade. O traço mais marcante dessa evolução histórica talvez seja o Poder Moderador da Constituição do Brasil de 1824. Benjamin Constant a partir da teoria do Poder Moderador pensou em um poder com função de intervenção nos demais poderes quando o equilíbrio entre eles fosse rompido e desestabilizado. Era exercido privativamente pelo imperador que o acumulava com a chefia do Executivo, enfeixando os demais (Executivo, Legislativo e Judiciário), e os inspecionando. Esse quarto poder era a chave de toda a organização política, e o imperador a última instância à resolução dos conflitos. Busca-se, ainda, demonstrar o papel do Judiciário no sistema de governo em cada uma das constituições até a de 1988 e a Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu reforma substantiva na organização do Poder Judiciário e no sistema de justiça em geral. A Constituição assegura a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e suas propostas orçamentárias elaboradas dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias, isso como pressuposto à construção de uma sociedade democrática. O Supremo Tribunal Federal criado em 1890 tem por função principal tornar eficazes as normas constitucionais, a guarda dos preceitos constitucionais, a interpretação última dessas normas, o que por si só gera muitos conflitos.

A história do Poder Judiciário no Brasil é marcada pelo evoluir político. Revoluções, golpes militares, movimentos, transformações sociais e tecnológicas, guerras mundiais, demandaram e demandam do Poder Judiciário certo e determinado papel. Na atualidade muitos fazem críticas à justiça dizendo que ela é elitizada, que decide a favor dos poderosos e que não garante os direitos sociais. A pesquisa qualitativa “Imagem do Poder Judiciário”,

divulgada pelo IBOPE em março de 2004⁶¹, entre suas conclusões expressa que “A imagem geral do Judiciário é, principalmente, de uma entidade poderosa e distante, fechada em si mesma e “estática” (antiquada, morosa, extremamente burocrática e de muito pouca mobilidade), sendo predominantemente negativa. [...] O favorecimento dos mais ricos e mais poderosos é outro defeito identificado pela maioria dos participantes dos grupos. É muito forte o conceito de que os mais ricos podem contratar melhores advogados e, assim, têm mais condições de ganhar as causas na justiça”.

Essa percepção da justiça vem desde o início da estruturação do Poder Judiciário no Brasil, como ilustra Gregório de Matos Guerra (o “Boca do Inferno”), dizendo que a Justiça no Brasil colônia é “bastarda, vendida, injusta”.⁶²

Na história constitucional brasileira são oito as constituições, conforme gráfico que segue:

CONSTITUIÇÃO	INÍCIO DA VIGÊNCIA	FIM DA VIGÊNCIA	NÚMERO DE EMENDAS	DURAÇÃO (em anos)
Império	1824	1889	1	65
República	1891	1930	1	40
Rev. de 1930	1934	1937	1	3
Estado Novo	1937	1945	21	8
Redemocratização	1946	1967	27	21
Regime Militar	1967	1969	-	2
Ato Institucional 5	1969	1987	26	18
Constituição Cidadã	05.10.1988	-	77*	-

Fonte: Constituições Brasileiras, vol. 1.

*Dado atualizado em 09.5.2014, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

Da independência até a proclamação da República vigeu uma única Constituição, a outorgada de 1824. Essa constituição continha uma grande originalidade, qual seja a criação de um quarto poder denominado Poder Moderador, concebido na esfera teórica por pensadores e juristas franceses Clermond Ferrand e Benjamin Constant. Segundo Paulo Bonavides, primeira vez no mundo que o Poder Moderador constou em uma constituição.⁶³

⁶¹ Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/Principais%20resultados.pdf>

⁶² Gregório de Matos Guerra - o “Boca do Inferno” (1636-1695) foi advogado, e poeta do Brasil colônia. No poema Epílogos (Juízo anatômico dos achaques que padecia o corpo da república) refere: “[...] E que justiça a resguarda? Bastarda./É grátis distribuída? Vendida./Que tem, que a todos assusta? Injusta./Valha-nos Deus, o que custa/O que El-Rei nos dá de graça./Que anda a justiça na praça/Bastarda, vendida, injusta.”

⁶³ Para Paulo Benevides, teve “esse quarto Poder pela vez primeira no mundo das Constituições, segundo é de nosso conhecimento, o seu ingresso na Carta Política do Império. Tudo por obra das circunstâncias, associadas a um perfil de personalidade, tornando-se em seguida a mais venturosa de todas as inovações

Esse poder se caracterizava por reunir numa só pessoa – o imperador – a titularidade e o exercício de dois Poderes, uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, com tarefa corretiva, uma espécie de judicatura política. Essa marcante inovação política da nossa primeira constituição perdurou até a proclamação da República em 1889, ou seja, o início da nossa história constitucional é vincado por um Judiciário suscetível a intervenção do imperador pelo exercício do poder moderador, e, portanto, não autônomo.

A Constituição de 1891 teve por artífice fundamental Rui Barbosa, que da campanha por uma monarquia federalista se transformou na cabeça pensante da república e principal arquiteto das novas instituições. Rui Barbosa tomando como modelo o constitucionalismo norte-americano criou uma constituição republicana, presidencialista e federalista a par da ausência dos elementos culturais e sociais condizentes com essa modelagem.

A Constituição de 1934 trazia uma marca nacionalista bastante forte. Houve reconhecimento dos sindicatos e um programa de direitos de proteção aos trabalhadores, limitando a jornada de trabalho, direito a férias, proibição de trabalho aos menores de 14 anos, dentre outros, bem como criou a Justiça do Trabalho.

Na esteira da Constituição de 1937, o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais foram dissolvidos, instalando-se o Estado Novo e as suas instituições.

A Constituição de 1946 conferiu perspectivas democráticas à sociedade brasileira, contava com 218 artigos. O golpe militar de abril de 1964 encerrou de forma abrupta o período democrático e instalou no país uma nova ordem legal marcada pelo arbítrio e violência. A Constituição foi modificada para pôr fim a eleição direta para Presidente da República.

A Constituição de 1967 vigorou por 20 meses. A edição do Ato Institucional n. 5 (AI-5), conferiu amplos poderes ao Presidente da República e, na prática, anulou a Constituição.

políticas e constitucionais que ornaram a autoridade imperial durante o Segundo Reinado da monarquia brasileira”, todavia a constituição também conferiu “Nossa primeira “ditadura constitucional” ocorreu ao alvorecer do Império. Foi obra do Poder Moderador, configurando, em verdade, um estranho paradoxo, do ponto de vista teórico, porquanto veio a ser exercitada precisamente por aquele Poder que havia sido concebido, teoricamente, pelo menos, como uma espécie de corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e judiciário)”.

A Constituição da República de 1988 simboliza o início da redemocratização das instituições políticas brasileiras. Adiante examinaremos com mais vagar esses aspectos.

A Constituição de 1988 trouxe algumas inovações quanto ao Poder Judiciário. Talvez a mais significativa seja a criação do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com a função de uniformizar a jurisprudência em torno da legislação federal, liberando o Supremo Tribunal Federal - STF para o seu papel de Corte Constitucional e guardião da Constituição.

A Emenda Constitucional 45/2004 assentou a chamada Reforma do Judiciário, com alterações no sistema judiciário brasileiro. Dentre as inovações destacam-se: a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário; a súmula com efeito vinculante; e o requisito da repercussão geral dos recursos extraordinários.

A Constituição de 1988 ampliou as atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, contribuindo para uma maior relevância do seu papel político-institucional.

A Constituição assegurou ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira (art. 99) consistente na elaboração das propostas orçamentárias dos tribunais dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. A iniciativa das leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais é do Poder Executivo. Objetivamente isso quer dizer que as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, são as definidas pelo Poder Executivo. Assim, a autonomia financeira do Judiciário é limitada pela lei de diretrizes orçamentárias de iniciativa do Executivo.

No que diz respeito à Justiça do Trabalho, a evolução transmutou a sua natureza. No início a Justiça do trabalho tinha por função principal resolver os conflitos coletivos de trabalho e ao resolvê-los poderia criar novas normas trabalhistas aplicáveis às categorias profissionais e econômicas em litígio. Aos poucos a Justiça do Trabalho passou a se caracterizar pelos dissídios individuais, comumente ações entre trabalhadores e empregadores. Com a edição da Emenda Constitucional 45/2004 o ajuizamento de dissídios coletivos

de natureza econômica depende de acordo entre as partes, e a Justiça do Trabalho pode decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho.

É importante ter claro que a jurisprudência representa as decisões dos tribunais na interpretação da lei no caso concreto. No caso da Justiça do Trabalho, é o Tribunal Superior do Trabalho – TST o órgão responsável pela uniformização nacional da jurisprudência trabalhista, por meio de suas súmulas, orientações jurisprudenciais e normativas.

Consequentemente, a jurisprudência no Brasil parece-se muito com os precedentes dos tribunais dos países de cultura jurídica da *common law*, como, por exemplo, os Estados Unidos, e possui força para condicionar as instâncias inferiores para esse padrão.

2.2. Evolução histórica do Poder Judiciário no Brasil.⁶⁴

A Estrutura do Poder Judiciário na fase colonial do Brasil é mera decorrência da administração da justiça do Reino de Portugal. Faoro (2000) pondera que **“Fazenda, guerra e justiça são as funções dos reis, no século XVI, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica”**. Então, nas origens do Reino Português, a administração da justiça era função do rei, que nomeava juízes, chamados de ouvidores (do cível e do crime) para auxiliá-lo nessa função jurisdicional. As matrizes normativas básicas utilizadas pelos ouvidores eram: *Lex Romana Wisigothorum* (direito comum dos povos germânicos); Privilégios (direitos assegurados aos nobres pelos reis); Forais (leis particulares locais, asseguradas pelos reis). Quando da reconquista da península ibérica houve uma uniformização das normas legais, as quais foram consolidadas nas Ordenações do Reino (Afonsinas – 1480; Manoelinas – 1520; e Filipinas – 1603). Foram também criadas outras figuras para exercer a jurisdição, a saber: os juízes da terra ou ordinários (jurisdição simbolizada pelo uso de um bastão vermelho que empunhavam), eram eleitos pela comunidade, não letrados, cuja função era apreciar as causas em que se aplicava o direito local (Forais); os juízes de fora, nomeados pelo rei dentre os

⁶⁴ Esse item tem por fonte o texto “Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira”, de Ivens Gandra da Silva Martins Filho, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm

bacharéis letrados, com a função de aplicar as Ordenações Gerais do Reino nas localidades; juízes de órfãos tinham por função guardar órfãos e heranças, solucionando questões sucessórias a eles ligadas; os provedores estavam acima dos juízes de órfãos, para o cuidado geral dos órfãos, instituições de caridade (hospitais e irmandades), e legitimação de testamentos; os corregedores eram nomeados pelo rei, com funções investigatórias e recursais, faziam inspeções sobre as administrações da justiça nas cidades e vilas que integravam sua comarca, julgando as causas em que juízes estivessem implicados; e os desembargadores, eram magistrados de 2ª instância, apreciavam as apelações e julgavam os recursos de suplicação (pedido de clemência real). O nome “desembargador” porque despachavam diretamente com o rei as petições dos particulares em questões de graça e justiça preparando e executando as decisões do rei, que lhes conferia autoridade para tomar em seu nome decisões, passando a constituir o Desembargo do Paço.

Posteriormente, a Casa de Justiça da Corte passou a ser um tribunal de apelação com a denominação de Casa de Suplicação constituída por duas mesas uma Cível outra do Crime (chamada de Desembargo do Paço), que julgava as apelações nas causas criminais em que a pena aplicada fosse de morte e para as quais se pedia a clemência do rei. A partir de 1521 o Desembargo do Paço tornou-se corte independente e especial, e, em 1532, foi criada a Mesa de Consciência e Ordens para as causas referentes às ordens militar-religiosas que tinham foro privilegiado (Ordens de Cristo, de Avis e de Santiago), julgando também as causas eclesiásticas que envolviam os clérigos do reino.

A Casa de Suplicação era a corte suprema para Portugal e suas colônias e os Tribunais de Relação como cortes de 2ª instância (Relações do Porto para Portugal, da Bahia para o Brasil e de Goa, para a Índia). A Casa de Suplicação era a intérprete máxima do direito português e suas decisões tinham efeito vinculante para as instâncias inferiores.

A primeira expedição colonizadora chegou ao Brasil em 1530, chefiada por Martim Afonso de Souza que detinha amplos poderes, inclusive os judiciais e de polícia, e o acompanhava os donatários das capitanias hereditárias. Em 1549, Tomé de Souza instalou o Governo Geral no Brasil, e para a função de Ouvidor-Geral nomeou o Desembargador Pero Borges, a

quem incumbia administrar a justiça. Esse fato é considerado o marco inicial da estruturação do Poder Judiciário no Brasil. A sede do Ouvidor-Geral era na Bahia, instância recursal das decisões dos ouvidores das comarcas existentes em cada capitania. No período de 1644 a 1713 existiu a figura dos “juízes do povo”, eleitos pela população local. Os almotacés tinham jurisdição restrita para julgar as causas relativas a obras e construções. Das decisões dos “juízes do povo” e almotacés cabia recurso para os ouvidores da comarca. Entre o Ouvidor-Geral e o Ouvidor da Comarca existia a figura do Corregedor, autoridade superior aos ouvidores e demais juízes.

Em 1587, foi criada a Relação da Bahia, o qual foi efetivamente instalado em 1609. A Relação da Bahia é o primeiro tribunal do Brasil, era um órgão colegiado com a função de rever os julgados singulares. Em 1652, a Relação da Bahia é reinstalada como Corte Superior Brasileira. Por conta do elevado número de processos na Relação da Bahia, o que comprometia o seu funcionamento, foi criado em 1734 a Relação do Rio de Janeiro, o qual foi instalado em 1751. Composta por dez desembargadores divididos em quatro câmaras de 2 a 3 juízes. Fato interessante que antes do início das sessões era realizada uma missa pedindo luzes a Deus para que a justiça fosse realizada. Por intermédio do Alvará de 24 de março de 1708, os Ouvidores das Capitânicas foram denominados “Juízes da Coroa”, essa mudança teve por objetivo diminuir a influência dos donatários das capitânicas sobre os Ouvidores em suas comarcas. Em 1758, criada a Junta de Justiça do Pará, no período do Vice-Reinado, tendo por finalidade facilitar o acesso à justiça das distantes províncias do norte do Brasil. Essa Junta era integrada pelo governador da província, pelo ouvidor, um juiz de fora e três vereadores, com forma processual sumária. Esse modelo foi replicado para outros lugares distantes da colônia, e a grande novidade era a revisão da decisão por um órgão superior colegiado.

A partir do século XVII, começaram a funcionar tribunais e juizados especializados como as juntas militares e conselhos de guerra, para processar e julgar os crimes militares e crimes conexos; as juntas da fazenda, para processar e julgar as questões de alfândega, tributos e fisco; e as juntas do comércio para apreciar as questões relativas ao comércio em geral, e também relativas à agricultura, navegação, e indústria.

Ao final do período colonial a estrutura do Judiciário era a seguinte:

JUSTIÇA BRASILEIRA NO PERÍODO COLONIAL		
1ª Instância	Juiz de Vintena	Juiz de paz para os lugares com mais de 20 famílias, decidindo verbalmente pequenas causas cíveis, sem direito a apelação ou agravo (nomeado por um ano pela Câmara Municipal)
	Juiz Ordinário	Eleito na localidade, para as causas comuns.
	Juiz de Fora	Nomeado pelo rei, para garantir a aplicação das leis gerais (substituíu o ouvidor da comarca).
2ª Instância	Relação da Bahia	Fundada em 1609, como tribunal de apelação (de 1609 a 1758, teve 168 desembargadores)
	Relação do Rio de Janeiro	Fundada em 1751, como tribunal de apelação
3ª Instância	Casa da Suplicação	Tribunal supremo de uniformização da interpretação do direito português, em Lisboa.
	Desembargo do Paço	Originariamente fazia parte da Casa da Suplicação, para despachar as matérias reservadas ao rei, tornou-se corte autônoma em 1521, como tribunal de graça para clemência nos casos de penas de morte e outras.
	Mesa da Consciência e Ordens	Para as questões relativas às ordens religiosas e de consciência do rei (instância única).

Fonte: Revista Jurídica Virtual Vol. 1, n. 5, setembro de 1999, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm

A chegada da família imperial ao Brasil em 1808 deu nova conformação à estrutura do Judiciário. A Relação do Rio de Janeiro foi transformada na Casa de Suplicação composta por 23 desembargadores e com jurisdição em todo o reino. Criadas também as seguintes jurisdições especializadas: a) Conselho Supremo Militar; b) Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens; c) Juiz Conservador da Nação Britânica; d) Intendente Geral de Polícia; e) Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas, Navegação do Estado e Domínios Ultramarinos. Chama atenção a figura do juiz conservador da nação britânica que era um foro privilegiado para os súditos ingleses, cuja jurisdição era exercida por juiz designada pelo reino português, mas eleito pelos ingleses residentes no Brasil, e aprovado pelo embaixador britânico. Após a independência do Brasil essa jurisdição especial foi mantida como parte do tratado de reconhecimento da independência do Brasil pela Inglaterra. Essa jurisdição foi extinta em 1831.

A Constituição Imperial de 1824, a primeira constituição brasileira e do seu sistema político, previa quatro poderes políticos: o Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judicial, harmônicos entre si.

O Poder Moderador assentava-se sobre os demais. O Imperador nomeava os senadores, convocava a Assembleia Geral, sancionava os decretos e resoluções da Assembleia Geral, aprovava e suspendia inteiramente as resoluções dos Conselhos Provinciais, prorrogava ou adiava a Assembleia Geral, dissolvendo a Câmara dos Deputados, nomeava e demitia livremente os ministros de Estado, suspendia os magistrados, perdoava e moderava as penas, e concedia a anistia. A figura do Imperador era proeminente, escolhendo e demitindo o ministério, às vezes em contraposição com a maioria parlamentar. As amplas atribuições do Poder Moderador, também chamado de Poder Real, Imperial, Neutro ou Conservador, tornaram impraticável o sistema parlamentar no Brasil. A sua concepção é atribuída a Benjamin Constant, e na prática foi aplicado somente no Brasil sendo isso uma das peculiaridades da Constituição. No caso, uma só autoridade o Imperador detinha o amplo Poder Moderador e o Poder Executivo, tendo por consequência a descaracterização do sistema parlamentar. Pimenta Bueno⁶⁵ descreve o papel dominante do Poder Moderador da seguinte maneira:

“(...) é a suprema inspeção da Nação, e o alto direito que ele tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros, para o fim social, o bem-estar nacional; é que mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim, a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da Nação.”

Constituição de 1824

A Constituição de 1824 durou 65 anos e o Poder Moderador moldou o sistema político, impulsionando a monarquia constitucional em detrimento da monarquia parlamentar.

⁶⁵ **SÃO VICENTE**, José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império; Brasília, Senado federal, 2ª ed. P. 203 e seguintes.

O Judiciário (“Poder Judicial”) foi elevado a poder de Estado, todavia na prática não era um poder independente porquanto não eram garantidas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Além disso, a prática constitucional em relação ao Poder Judiciário mostrou que mesmas as garantias ressalvadas expressamente não eram respeitadas, quando confrontadas com o interesse da administração, como exemplifica o caso do “desembarque de Sirinhaém”,⁶⁶ em que dois juízes foram aposentados, e um transferido da Relação de Pernambuco, porque violaram lei de 1850 que suspendia e punia o tráfico de escravos. Esses juízes da Relação de Pernambuco absolveram réus que eram figuras importantes da Província, os quais o Governo entendia culpados por conivência e omissão num desembarque clandestino de escravizados vindos da África. Após a abdicação de D. Pedro I, a Regência que o sucedeu promulgou a primeira lei antitráfico de escravos do Brasil. Iniciou-se um controle para o cumprimento da lei por parte do Brasil e Inglaterra. Os comerciantes e traficantes engenhosamente criaram novas formas à manutenção do tráfico e comércio de escravos. O desembarque de escravos em praias mais afastadas de Recife e Olinda em Pernambuco, que serviam de portos naturais, era um desses modos para ludibriar a fiscalização e a repressão ao tráfico, e assim o tráfico e o comércio se manteve e desenvolveu. No litoral de Pernambuco os principais portos naturais eram contíguos aos grandes engenhos de cana de açúcar e margeando povoações sob a influência de potentados rurais, assim, a “praia tinha dono”. Logo, a oligarquia agroexportadora era conivente com o tráfico e comércio de escravos e se beneficiam da situação em geral, isto é da repressão por parte do governo brasileiro e inglês e do insucesso dos

⁶⁶ “O desembarque de Sirinhaém, em 1855 em Pernambuco, só foi mal sucedido por causa desse tipo de engano, atracar na praia errada. O episódio ganhou projeção na imprensa da época por ter sido aquele palhabote sem nome o último negreiro apreendido na costa brasileira com cativos africanos a bordo. Na investigação, até o presidente da Província e os Cavalcantis foram considerados suspeitos. Mas tudo começou justamente porque o comandante do palhabote errou o local de desembarque. Ao invés de ir para o engenho de João Manoel de Barros Wanderley, foi parar na casa de outro senhor de engenho que denunciou o caso às autoridades locais. Foi um pequeno engano. O engenho certo ficava ali perto, mas foi o suficiente para atrapalhar tudo. O sujeito que apreendeu o desembarque, todavia, deixou escapar o comandante e a tripulação do navio. Nunca ficou claro se não tinha como mantê-los presos, como alegou, ou se deixou que escapassem mesmo. E mais, boa parte dos “africanos livres” desapareceu misteriosamente. Dizia uma parte da imprensa local, talvez roubados, quer dizer “apreendidos”, pelo próprio filho do denunciante, o coronel Drummond que, ressalte-se, havia se tornado amigo do cônsul inglês em Pernambuco, que o defendeu em sua correspondência”, in Marcus J. M. de Carvalho, no texto *O desembarque nas praias: o funcionamento do tráfico de escravos depois de 1831*.

traficantes, como se vê no excerto do texto de Marcus de Carvalho⁶⁷ seguinte: “**Numa praia estranha, a tripulação estava indefesa diante da população local. Nunca é pouco lembrar que, em uma sociedade escravista, todos tinham armas e a população masculina era organizada em batalhões hierarquizados, O desembarque nas praias: o funcionamento do tráfico de escravos depois de 1831 antes nos corpos de Ordenança, depois na Guarda Nacional. Não seria difícil para algum senhor de engenho assumir seu cargo de juiz de paz, ou sua patente de oficial da Guarda Nacional, ou mesmo do (oficialmente) extinto corpo de ordenanças, armar seus dependentes e até seus cativos de confiança e se apropriar de africanos ilegalmente desembarcados nos limites de suas terras. É por isso que os juízes de paz foram os que primeiro lucraram com as propinas do tráfico segundo o relatório Alcoforado. As autoridades locais se regalaram com o tráfico. Em um dos principais portos do tráfico de Pernambuco, na foz do rio Una, era o vigário quem cobrava 10 mil réis por cada cativo desembarcado em segurança.**” Na época do governo liberal em Pernambuco (1845-1848) intensificou-se a repressão ao tráfico de escravos, os desembarques eram bastante controlados e eram investigados os casos dos inimigos políticos. O caso do desembarque de Sirinhaém evidencia as tensões entre o poder local e o governo central imperial, porque o governo imperial ao punir os juízes que absolveram próceres locais envolvidos com o tráfico de escravos com aposentadoria e transferência indicou a prevalência dos seus interesses econômicos em detrimento dos locais. Mostra com clareza que o Executivo ao controlar as decisões do Judiciário descaracteriza-o como poder independente. Soma-se a isso o art. 15 da Constituição que atribuía ao Legislativo (Assembleia Geral) “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”. Esse poder de interpretação não era exercido pelo legislativo e essa prerrogativa acabou absorvida pelo Executivo, logo não havia a unificação da jurisprudência função comezinha de qualquer tribunal e típica do Poder Judiciário.

Para Octaviano Nogueira⁶⁸ os 65 anos de vigência da Constituição de 1824, esse foi o problema crucial do Poder Judiciário durante todo o Império. Refere também uma prática dos juízes de nas suas decisões suscitarem dúvidas quanto à interpretação das leis a órgãos do Executivo⁶⁹ e

⁶⁷ CARVALHO, Marcus J. M. de. O desembarque nas praias: o funcionamento do tráfico de escravos depois de 1831. *Revista de História*, São Paulo, n. 167, pp. 223-260, julho/dezembro de 2012.

⁶⁸ NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições Brasileiras*. Volume I, 1824. Centro de estudos Estratégicos e Escola de Administração Fazendária, 2ª edição, 2001, pp. 39-40.

⁶⁹ Octaviano Nogueira refere que: “Em face do art. 158, alegava-se, com assentimento geral, que o Supremo tribunal de Justiça não era uma instância. Logo, não podia conceder revista aos julgamentos dos

disso decorria a demora nas decisões judiciais, impingindo a característica ao judiciário, que persiste até os dias atuais, da duração não razoável na tramitação dos processos, a demora nas decisões judiciais.

No gráfico abaixo, excerto da “Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.3.1824”.

<p>TITULO 6º Do Poder Judicial. CAPITULO UNICO. Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça.</p> <p>Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.</p> <p>Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.</p> <p>Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.</p> <p>Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.</p> <p>Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar.</p> <p>Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.</p> <p>Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.</p> <p>Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.</p> <p>Art. 159. Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já.</p> <p>Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.</p> <p>Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.</p> <p>Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.</p> <p>Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.</p> <p>Art. 164. A este Tribunal Compete:</p> <p>I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.</p>

Tribunais de Relação existentes nas Províncias, que tinham que decidir em última instância, sem que houvesse possibilidade de harmonizar a enorme variedade da jurisprudência produzida por todas as relações das Províncias. O mais grave, porém, era a praxe disseminada de praticamente todos os juízes suscitarem dúvidas quanto à interpretação das leis, nos casos sob seu julgamento, submetendo os autos, para consulta, aos órgãos do Executivo, por intermédio dos Presidentes das Províncias. Isto não só postergava indefinidamente os julgamentos, constituindo um recursoprotelatório sem fim, como o que é pior, impedia, por falta de sentença, os recursos previstos em lei para os tribunais de relação que deveriam se pronunciar em última instância”.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdicção, e competencia das Relações Provinciaes.

Fonte: sítio da Presidência da República – Legislação, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

Portanto, o sistema de justiça estruturava-se do seguinte modo:

Justiça Brasileira no Período Imperial		
1ª Instância	Juízes de Paz	Para conciliação prévia das contendas cíveis e, pela Lei de 15 de outubro de 1827, para instrução inicial das criminaes, sendo eleitos em cada distrito.
	Juízes de Direito	Para julgamento das contendas cíveis e crimes, sendo nomeados pelo Imperador.
2ª Instância	Tribunais de Relação (Provinciaes)	Para julgamento dos recursos das sentenças (revisão das decisões)
3ª Instância	Supremo Tribunal de Justiça	Para revista de determinadas causas e solução dos conflitos de jurisdicção entre Relações Provinciaes.

Fonte: sítio da Presidência da República – Legislação, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

O Supremo Tribunal de Justiça foi efetivamente instalado, por lei, a partir de 18 de setembro de 1828, compondo-se de 17 Ministros. Essa mesma lei extinguiu a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens.

A Constituição de 1824 não contemplou qualquer sistema semelhante aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", bem como "velar na guarda da Constituição" (art. 15, n. 8º e 9º). Todavia isso foi um problema, porque a Assembleia Legislativa não exerceu essa função a contento, levando o Conselho de Estado (instituído pela Lei de 23 de novembro de 1841) a ser o órgão interpretativo da lei, quando deveria ser o Supremo Tribunal de Justiça. Desse modo, o Supremo Tribunal de Justiça limitava-se aos recursos de revista que lhe eram submetidos, com fundamento em nulidade manifesta ou injustiça notória no julgamento da causa pelas instâncias inferiores. Na prática o Supremo Tribunal de Justiça operava como corte de distribuição de justiça e não de um tribunal de uniformização de jurisprudência, já que seus julgados não vinculavam os Tribunais de Relação das Províncias.

Os juízes não tinham a garantia de inamovibilidade, e o Imperador no uso do seu poder moderador podia suspender magistrados, perdoar, moderar penas e os réus condenados por sentenças (art. 101, VII e VIII, da Constituição). Como já referido anteriormente, a peculiaridade da Constituição era o Poder Moderador (delegado privativamente ao Imperador), enquanto “chave de toda organização política” do Império, para que o Imperador velasse pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais poderes políticos.

A figura do Tribunal do Júri teve sua origem na Lei de 18 de junho de 1822, sobre os crimes de imprensa, tendo sido estendido para os crimes em geral com o Código Criminal, promulgado em 16 de dezembro de 1830, que criou o Conselho do Júri (ou Juízo de Jurados), inspirado no modelo inglês. O Conselho do Júri se desdobrava em Júri da Acusação (para decidir sobre a pronúncia do acusado, tendo sido abolido esse júri prévio pela Lei 261, de 1841) e Júri do Julgamento. Era presidido por um juiz criminal e composto por jurados eleitos pela Câmara Municipal dentre 60 jurados nas capitais e 30 jurados nas cidades e vilas. Em que pese previsto na Constituição de 1824, a instituição do Tribunal do Júri nunca foi estendida para a área Cível, e com o advento do Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, restou consagrada a instituição.

No período da regência (período de menoridade de D. Pedro II), iniciou-se a magistratura em sentido restrito, isto é, foram extintos os cargos de ouvidores, corregedores e chanceleres com poderes judicantes (Decreto de 05.12.1832). Magistrado era o juiz de 1ª instância, tais como: a) juiz municipal, escolhido pelo presidente da Província, dentre nomes constantes de lista tríplice escolhida pela Câmara Municipal, substituindo o juiz ordinário local; b) juiz de paz, eleito pela população da cidade ou vila, com mandato de quatro anos, com ampliação de suas atribuições no período da regência para o processamento e julgamento de questões penais de menor valor ofensivo; c) juiz de direito, nomeado pelo Imperador, em substituição ao juiz de fora, e no período da regência detinha poderes especiais para atuar na chefatura de polícia. No período da regência poderes especiais foram outorgados à manutenção da ordem pública.

O Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850), criou os Tribunais do Comércio do Rio de Janeiro, Pernambuco e Bahia, como foro privilegiado para os comerciantes. Presididos por um magistrado letrado e por comerciantes deputados, e competência originária e recursal para as causas de natureza mercantil. Esses tribunais comerciais deixaram de ter função judicante por força do Decreto 2.342, de 6 de agosto de 1873, deixando-os como simples órgãos administrativos de registro de atos comerciais.

Constituição de 1891

A primeira Constituição da República instituiu os juízes e tribunais federais com competência para processar e julgar causas fundadas na Constituição, os crimes políticos e os contra a União, como, por exemplo, a falsificação de moeda, o contrabando etc., causas entre um Estado e cidadão de outro, de Direito Marítimo, de estrangeiro fundado em contrato com a União ou em tratados internacionais. Na realidade todas as questões de natureza constitucional seriam da competência dos juízes federais, que poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis nos casos concretos, surgindo, assim, o controle difuso de constitucionalidade das leis em nosso país.

O Supremo Tribunal de Justiça passava a Supremo Tribunal Federal, composto por 15 Ministros. Passou a ter função uniformizadora da jurisprudência em matéria de direito constitucional e federal através da emenda constitucional de 03 de setembro de 1926, reparando-se, assim, o equívoco do sistema judiciário imperial, que não fora corrigido com a promulgação da Constituição de 1891.

O regime republicano inaugurou a adoção do controle judicial de constitucionalidade das leis para a realidade brasileira. A influência do Direito norte-americano foi decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b) e confirmada pela Constituição de 1891, pelo qual qualquer juiz ou tribunal poderia no caso concreto afastar a aplicação de lei, por considerá-la inconstitucional.

Os presidentes dos tribunais eram eleitos por seus pares e o Procurador-Geral da República designado pelo Presidente da República entre os Ministros do Supremo.

A Constituição previu a instituição dos Tribunais Federais, mas esses não foram criados durante a República Velha, período de vigência da primeira carta política. Assim, pelo Decreto 3.084, de 05 de novembro de 1898, surgiram apenas os juízes federais, sendo sua lotação por Estado distribuída da seguinte forma: um juiz seccional, três juízes substitutos e três juízes suplentes.

Os Tribunais de Relação das Províncias passavam a Tribunais de Justiça dos Estados (19 Tribunais), como órgãos de cúpula da Justiça Comum Estadual. Na República mantiveram-se os juízes de direito (no Rio Grande do Sul, denominados de juízes de comarca), os juízes municipais (denominados em alguns Estados juízes distritais), os tribunais do júri e os juízes de paz (que continuavam sendo eleitos). Aos magistrados eram garantidas, pela Constituição de 1891, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, o que também reparava os abusos do tempo do Império contra magistrados que discordassem das políticas governamentais.

Cumprir referir que incumbia ao Congresso Nacional (Art. 34, 1º) orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar contas da receita e despesa de cada exercício financeiro, isto é, ao Legislativo essa competência privativa.

Abaixo excerto da Constituição de 1891, seção referente ao Poder Judiciário.

SEÇÃO III

Do Poder Judiciário

Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.'

Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juízes federais inferiores.

Art 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias.

§ 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Ofícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais.

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei,

~~Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:~~

~~I - processar e julgar originária e privativamente:~~

~~a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;~~

~~b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;~~

~~e) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;~~

~~d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;~~

~~e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado.~~

~~II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;~~

~~III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.~~

~~§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:~~

~~a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;~~

~~b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.~~

~~§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.~~

~~Art.59 - A Justiça Federal compete: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~- Ao Supremo Tribunal Federal: [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~I - processar e julgar originaria e privativamente: [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~a) o Presidente da Republica, nos crimes communs, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~b) os Ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~c) as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~d) os litigios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e os tribunaes de outro Estrado. [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

~~II - julgar em gráo de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)~~

III - rever os processos findos, em materia crime. [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

~~Art 60—Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:~~

~~a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;~~

~~b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;~~

~~e) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas, pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa;~~

~~d) os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;~~

~~e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;~~

~~f) as acções movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;~~

~~g) as questões de direito marítimo e navegação assim no oceano como nos rios e lagos do País;~~

~~h) as questões de direito criminal ou civil internacional;~~

~~i) os crimes políticos.~~

~~§ 1º —É vedado ao Congresso cometer qualquer jurisdição federal às Justiças dos Estados.~~

~~§ 2º —As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por oficiais judiciários da União, aos quais a policia local é obrigada a prestar auxilio, quando invocado por eles.~~

Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indemnização de prejuizos, ou quaesquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

d) os litígios entre um Estado e habitantes de outro; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

f) as acções movidas por estranteiros e fundadas, quer em contractos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

g) as questões de direito marítimo e navegação, assim no oceano como nos rios e lagos do paiz; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

h) os crimes políticos. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica; ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional. ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

§ 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União. ([Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

§ 3º É vedado ao Congresso commetter qualquer jurisdicção federal ás justiças do Estados. ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

§ 4º As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por officiaes judicarios da União, aos quaes a policia local é obrigada a prestar auxilio, quando invocado por elles. ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

§ 5º Nenhum recurso judiciario é permittido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunaes conhecer dos actos praticados em virtude d'elle pelo Poder Legislativo ou Executivo. ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

Art 61 - As decisões dos Juizes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º) *habeas corpus* , ou

2º) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado. Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Art 62 - As Justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição.

Constituição de 1934

A Revolução de 03 de outubro de 1930⁷⁰ pôs fim a Primeira República (1889-1930) e o controle do Estado por pequeno número de pessoas. A Revolução de 30 caracteriza-se por um novo arranjo das forças políticas que se opunham ao sistema oligárquico e, nesse contexto, as forças

⁷⁰ Fonte sítio do CPDOC, disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/revolucao1930>

revolucionárias enfeixam o poder na pessoa de Getúlio Vargas, na condição de Chefe do Governo Provisório.

Getúlio Vargas promoveu ampla renovação nos quadros dirigentes do país, nomeando interventores federais em substituição aos presidentes dos estados eleitos e depostos pela revolução. Para controlar as ações dos interventores e coibir abusos o Governo Provisório criou em agosto de 1931, o Código dos Interventores. No caso de São Paulo, estado poderoso política e economicamente, foi nomeado como interventor o “tenentista”⁷¹ João Alberto e para a chefia da força pública do estado o também “tenentista” Miguel Costa. Essas nomeações desagradaram o Partido Democrático de São Paulo que apoiou o movimento revolucionário e parcelas das elites paulistas interessadas em manter o controle do poder.

Essa tensão entre os grupos oligárquicos temerosos da perda de poder em favor dos “tenentes” teve seu ápice no ano de 1932. O Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, promulgou o Código Eleitoral, criando também a Justiça Eleitoral, em atendimento as reclamações contra o sistema político anterior da facilidade com que se davam as manipulações eleitorais, porquanto a “fiscalização” era das próprias autoridades estaduais e municipais. Em 20 de maio de 1932, instalava-se o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais nos Estados e os juízes eleitorais. Essa configuração foi consignada na Constituição de 1934, como ramo especializado do Poder Judiciário, tal como a Justiça Militar. O Código Eleitoral conferiu também o voto secreto, o voto feminino (inédito na história brasileira), e a previsão de uma

⁷¹ “Os “tenentes” reivindicavam mudanças significativas na vida política e econômica brasileira que implicavam a permanência do poder nas mãos de Vargas e o adiamento da constitucionalização do país. [...] “Os “tenentes” se consideravam os verdadeiros revolucionários. Não queriam que a Revolução de 1930 se transformasse em uma mera troca de cadeiras entre os grupos oligárquicos. Trataram portanto de criar instrumentos de ação política capazes de levar adiante o projeto de um governo centralizador, intervencionista e reformista. Por sua iniciativa formaram-se em alguns estados [legiões revolucionárias](#) e, no Rio de Janeiro, fundou-se o Clube 3 de Outubro, principal porta-voz do grupo. Apoiaram a criação do clube importantes lideranças civis, como os ministros [Oswaldo Aranha](#) e [José Américo de Almeida](#) e os interventores [Carlos de Lima Cavalcanti](#) (PE) e [Pedro Ernesto](#) (DF). [...] O projeto tenentista divulgado por essas entidades defendia medidas como a centralização do sistema tributário, o fortalecimento das Forças Armadas, a federalização das milícias estaduais, a criação de uma legislação trabalhista e a modernização da infra-estrutura do país. Do ponto de vista político, os “tenentes” aprovavam a centralização do poder nas mãos de Vargas e desconfiavam da representação partidária vista como palco para a atuação de grupos voltados apenas para os seus interesses privados. Isso significava defender a manutenção de um governo de caráter revolucionário e ditatorial e o adiamento do processo de constitucionalização. No entanto, naquele momento, a introdução de um regime de base constitucional era a principal reivindicação dos grupos oligárquicos, que se sentiam cada vez mais preteridos pelo governo e temiam o fortalecimento político dos “tenentes””. (Fonte: CPDOC).

bancada legislativa classista constituída de funcionários públicos, empregados e empregadores, eleitos por delegados sindicais.

Em julho de 1932 grupos políticos paulistas entraram em confronto armado com o Governo Vargas exigindo o estabelecimento do processo de constitucionalização no país. Os paulistas, isolados, foram derrotados pelas forças legalistas, mas iniciou-se o processo de constitucionalização. Em 1933 realizaram-se as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, tendo o Governo Provisório criado uma Comissão Constitucional que elaborou um anteprojeto de constituição, o qual foi deliberado e votado pelos constituintes eleitos. No dia 16 de julho de 1934 foi promulgada a nova Constituição. Marcada pelo federalismo ressaltava a importância dos estados, mas, ao mesmo tempo, concentrava na União a disciplina da ordem econômica e social. No plano da política social foram aprovadas medidas que beneficiavam os trabalhadores, como a criação da Justiça do Trabalho, o salário-mínimo, a jornada de trabalho de oito horas, férias anuais remuneradas e descanso semanal, todavia contrariamente as pretensões do governo aprovada a pluralidade e a autonomia sindicais em lugar do sindicato único por categoria profissional.

O controle da constitucionalidade das leis era exercido por meio do recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais ou última instância quando questionada vigência ou validade de lei federal em face da constituição (art. 76, III). A inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público só poderia ser declarada pela maioria de votos da totalidade dos juizes de determinado tribunal. Todavia, incumbia ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV), conferindo efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934 trouxe a novidade da criação da Justiça do Trabalho, fora da estrutura do Poder Judiciário, a qual competia julgar e conciliar os dissídios surgidos, individual ou coletivamente, entre empregados e empregadores, bem como quaisquer controvérsias surgidas no âmbito das relações de trabalho. Todavia, a regulamentação da Justiça do Trabalho ocorreu somente em 1941 durante a gestão de Valdemar Falcão enquanto Ministro do Trabalho.

Na Europa órgãos similares da Justiça do Trabalho surgiram no início do século XIX, no Brasil eles só apareceram em princípios da década de 1920. A criação dos Tribunais Rurais em 1922, pelo então presidente do estado de São Paulo, Washington Luís marca o início da Justiça do Trabalho no país. Em abril 1923, surgiu a primeira iniciativa de âmbito federal, quando o presidente Artur Bernardes instituiu o Conselho Nacional do Trabalho.

Entretanto, somente após a Revolução de 1930 que medidas mais efetivas foram tomadas no sentido da implantação de uma Justiça do Trabalho com um papel mais abrangente. Em maio de 1932, foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação, de funções ainda meramente conciliatórias, seguidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, instituídas em novembro do mesmo ano.

A constituição criou também a figura da representação interventiva para fins de intervenção federal nos Estados.

Pela Lei 244, de 11 de setembro de 1936, era instituído, no âmbito da Justiça Militar o Tribunal de Segurança Nacional, com sede no Distrito Federal, para funcionar em estado de guerra ou de grave comoção intestina, julgando militares e civis que atentassem contra a segurança do Estado.

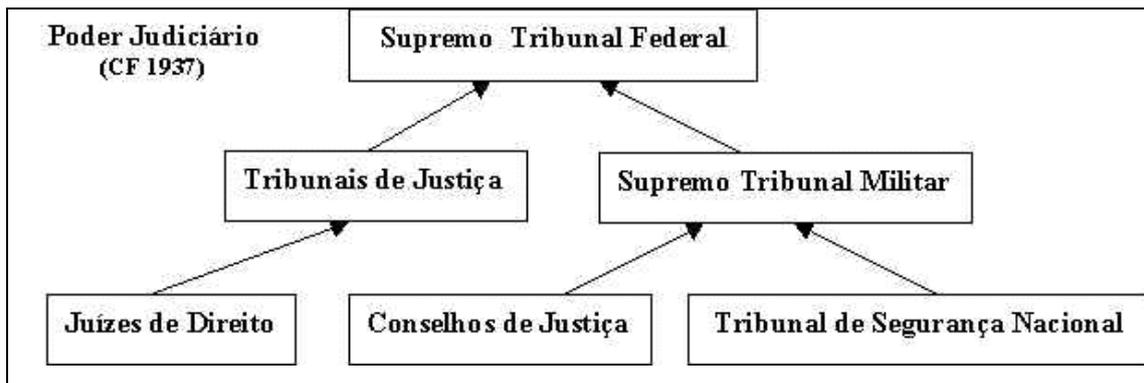
O Supremo Tribunal Federal, que teve sua composição diminuída para 11 ministros pelo Decreto 19.656, de 03 de fevereiro de 1931, passou, com a Constituição de 1934, a ser denominado de Corte Suprema.

A elaboração da peça orçamentária era atribuição do Presidente da República (art. 50, § 1º), e incumbia privativamente ao Poder Legislativo votar o orçamento (art. 39, 2).

Constituição de 1937

A Constituição de 1937, a quarta da história do Brasil e outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, no mesmo dia em que se deu o fechamento do Congresso e o início do chamado Estado Novo. A estrutura do Poder Judiciário sofreu alteração significativa com a extinção das Justiças Federal e Eleitoral, configurando-se conforme segue:





Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm

A Constituição foi elaborada pelo jurista Francisco Campos, Ministro da Justiça do novo regime, e com a marca da concentração de poderes na figura do chefe do Executivo, a quem incumbia nomear as autoridades estaduais (os interventores). A estrutura técnico-burocrática do estado iniciou ampla e profunda especialização, principalmente com a criação de órgãos técnicos para a execução da política econômica. No que diz respeito ao controle da constitucionalidade, ao ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei o Presidente da República poderia novamente submeter novamente ao Legislativo a lei declarada inconstitucional, conforme art. 96, parágrafo único. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Casas do Parlamento, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. Além disso, o Chefe do Poder Executivo poderia desconsiderar a declaração de inconstitucionalidade de lei (controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Supremo Tribunal Federal), caso considerasse que a decisão do STF contrária ao interesse nacional, como, por exemplo, o Decreto-Lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, cassando declaração de inconstitucionalidade de lei tributária proferida pelo STF. Assim, a atividade de controle de constitucionalidade existia formalmente como, de resto, a própria estrutura legal que legitimava o governo.

Os juízes gozavam das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, salvo as restrições expressas na própria Constituição. Incumbia à Presidência da República enviar a proposta orçamentária à Câmara dos Deputados.

Constituição de 1946

A Assembleia Constituinte, eleita em 02 de dezembro de 1945, iniciou seus trabalhos em 02 de fevereiro de 1946 sob o impacto da derrota do nazi-fascismo na Europa e do fim do Estado Novo no Brasil. A Constituinte de 1946 em comparação com as anteriores foi marcada pela heterogeneidade político-ideológica. Dela participaram deputados e senadores eleitos na legenda de nove partidos, ou seja, representativos de todo o espectro político e donos de diferentes trajetórias políticas até aquele momento. No mesmo plenário estiveram presentes, incumbidos da elaboração da nova Carta, o ex-presidente Artur Bernardes, do Partido Republicano (PR), e Luís Carlos Prestes, do Partido Comunista do Brasil (PCB), que como líder tenentista fora perseguido ferozmente por Bernardes na década de 1920; os udenistas Otávio Mangabeira e Afonso Arinos, notórios opositores do Estado Novo, mas também Gustavo Capanema e Agamenon Magalhães, importantes ministros do antigo regime; o próprio Getúlio Vargas, que, apesar da notoriedade, teve uma participação discreta e inconstante.⁷²

A Constituição de 1946 estabeleceu o voto secreto, regime de partidos, representação proporcional, instituição da suplência, validade dos diplomas, Justiça Eleitoral para organizar os pleitos eleitorais, bem como processar e julgar as ações eleitorais. Foi criado o Tribunal Federal de Recursos, e as atribuições da Justiça Federal de primeira instância foram deslocadas às justiças locais. Posteriormente, por meio do ato institucional n. 2/65, foi restabelecida a Justiça Federal de primeira instância.

Conservada no Supremo Tribunal Federal (onde só se alterou a denominação) as atribuições que lhe pertenciam desde 1891 (art. 101, I, *h* e *i*), o “recurso ordinário” (art. 101, II, *a*), de *writs* constitucionais (*habeas-corpus* e “mandado de segurança” contra altos dignitários) e o “recurso extraordinário” nos casos também definidos em cláusulas anteriores para aferir de inconstitucionalidades arguidas (cit. art. 1.001, III, *a a d*). Outra novidade da Carta Magna de 1946, no campo do controle de constitucionalidade das leis, conferida pela Emenda Constitucional nº 16/65, foi a ação direta de

⁷² Fonte: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/Constituicao1946>

inconstitucionalidade contra a lei em tese, adotando-se o controle concentrado, sem dispensar o controle difuso nos casos concretos.

Destaca-se ainda a integração na estrutura do Poder Judiciário da Justiça do Trabalho, transformando seus Conselhos em Tribunais (arts. 122-123).

É competência privativa do Presidente da República enviar à Câmara dos Deputados, dentro dos primeiros dois meses da sessão legislativa, a proposta de orçamento (art. 87, XVI), e do Legislativo votar o orçamento (art. 65, I).

Ao longo de sua vigência a Constituição de 1946 sofreu profundas alterações essencialmente a partir do golpe militar de 1964 e dos governos autoritários que se sucederam. Os atos institucionais e emendas constitucionais editados tinham por objetivo legitimar os governos militares na tentativa de caracterizá-los como uma democracia. O interessante é que a Constituição de 1946 nasceu na esteira da deposição de Getúlio Vargas pelo Alto Comando do Exército e findou com outro golpe militar.

Constituição de 1967

A Constituição da República de 1967, promulgada em 27 de janeiro de 1967, com vigor a partir de 15.3.1967, foi antecedida por atos institucionais e emendas constitucionais, que conformavam as instituições políticas brasileiras à realidade da ditadura militar. A Emenda Constitucional n. 1/1969 alterou profundamente a Constituição de 1967, e por esse motivo também é contada como mais uma constituição brasileira.

A Constituição trouxe alteração profunda no processo de elaboração da peça orçamentária assegurando a primazia de proposições sobre a matéria financeira ao Executivo. Foram acolhidas as alterações da Emenda Constitucional 16/65 quanto às atribuições do Poder Judiciário. Ampliou-se também o poder da Justiça Militar alcançando os civis nos casos expressos em lei e recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal. A Justiça Militar foi caracterizada por força da ideologia de segurança nacional a um tribunal político à legitimação da repressão política e ideológica.

A organização do Poder Judiciário foi estritamente vinculada à ideologia da segurança nacional, que por sua vez jungia o sistema de segurança à realização da agenda econômica do governo.

No interregno entre a promulgação e a entrada em vigor da Constituição o Decreto-lei 314, de 13 de março de 1967 prescreveu “os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”. Definia que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional”, e esse pressuposto indicou o sentido da legislação infraconstitucional e as práticas políticas e a conformação jurídica. Nesse contexto, moldou-se o Judiciário a essas circunstâncias para limitar o exercício da cidadania e a negação da democracia.

A Constituição de 1967 constitucionalizou o autoritarismo iniciado com o golpe militar de 1964, por isso, não há falar em independência dos poderes. O Judiciário não era autônomo, principalmente no que se refere aos direitos e garantias individuais, e o STF tinha limitada a sua competência para concessão de *habeas corpus* e mandado de segurança.

Constituição de 1969⁷³

Em 14 de outubro de 1969 os ministros militares editaram o AI-16, no qual, considerando a impossibilidade de o general Costa e Silva reassumir o exercício de suas funções, declaravam a vacância do cargo de Presidente da República (art. 1º), e também do de Vice-Presidente, suspendendo-se a vigência do art. 80 da Constituição de 1967 (art. 2º do AI-16), que previa a seguinte ordem sucessória: Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Em 17 de outubro de 1969, ministros militares invocando dispositivos contidos em seus próprios atos institucionais e aproveitando o recesso do Congresso Nacional declararam que o “Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias”, entre elas a de “elaboração de emendas à Constituição” promulgaram a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, publicada no *Diário Oficial* de 20 de outubro de 1969. Embora alterando, às vezes substancialmente, o texto de 1967, sem a

⁷³ Texto elaborado a partir do verbete Emenda Constitucional 1/1969 do CPDOC, disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>

participação do Congresso Nacional, a Emenda nº 1/69 tinha a forma inicial: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga...”, o que, a toda evidência, não se coadunava à realidade.

Quanto ao Poder Judiciário, relativamente aos tribunais e juízes estaduais foi criada a possibilidade de instituição de processo de rito sumaríssimo.

Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional nº 7/77 (outorgada depois do fechamento do Congresso em ato governamental conhecido como “Pacote de Abril”), que criou o Conselho Nacional da Magistratura, como órgão disciplinar da magistratura, competindo-lhe receber reclamações contra membros dos Tribunais e sendo-lhe facultado avocar processo disciplinares contra juízes de primeiro grau. Essa mesma emenda introduziu a figura da advocatária, ou seja, poder dado ao Supremo Tribunal Federal, por solicitação do Procurador-Geral da República, de avocar toda e qualquer causa em curso perante qualquer órgão judicante. Uma vez avocada, cabia ao STF processá-la e julgá-la como se fosse questão de sua competência originária.

2.3. A Constituição da República de 1988.

A Constituição de 1988 é o marco simbólico da perspectiva da superação do autoritarismo e da construção de um Estado e instituições democráticas no país. Os efeitos do seu impacto ainda estão em curso e produziram mudanças mais ou menos profundas no sistema de governo, inclusive no sistema de justiça.⁷⁴ A busca pelo Estado de Direito democrático produtor de cidadania é norma programática consignada na Constituição, conferindo um papel de destaque para o Poder Judiciário. Todavia, esse desenvolvimento das condições para a democracia do Estado e suas instituições políticas não ocorre de forma homogênea, principalmente no que diz respeito ao Poder Judiciário. Todavia, a democratização do sistema judicial brasileiro está muito aquém do que se pretende. O Poder Judiciário ainda é uma instituição não democrática, corporativo e avesso à participação popular.

⁷⁴ **ARANTES**, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol. 14, n. 39. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>

Deve-se pensar em alternativas à democratização, compor exemplo, eleição regular de juízes para compor os tribunais superiores. Isso já ocorre nos Estados Unidos no qual dos 50 estados federados em 33 os juízes são eleitos. Há campanha eleitoral com arrecadação de fundos na busca do voto popular. Mas há outros mecanismos de participação popular para a democratização do Judiciário como a criação de conselhos integrados por pessoas do povo que seriam escolhidas por meio de sorteio. Isso é somente um exemplo, com vistas à democratização do Judiciário poder-se-ia criar outros mecanismos de participação popular na escolha de juízes.

A Constituição inovou ao conferir natureza política ao Judiciário, transformando-o em potencial *veto player* com a capacidade de atuar no exame e decisão de políticas e atos administrativos aprovados pelos demais poderes. Para Sadek⁷⁵ a Constituição de 1988 redefiniu profundamente o papel do Judiciário, porque decisões majoritárias podem ser limitadas em alto grau por meio de sua atividade de controle da constitucionalidade, tanto pelo STF como os demais tribunais sempre que esteja em questão matéria passível de ser examinada à luz da Constituição.

A Constituição incluiu na estrutura do Poder Judiciário o Superior Tribunal de Justiça (STJ) com a função de interpretar e uniformizar a aplicação da legislação federal, e finalidade de fortalecer o princípio federativo. Desse modo, permitindo ao STF o exame somente de matérias de cunho constitucional. Foi criado também o Juizado Especial de Pequenas Causas e a Justiça de Paz remunerada no âmbito das justiças dos Estados, dos Territórios e do Distrito federal. Extinto o Conselho Nacional da Magistratura, e criado o Conselho da Justiça Federal. Outra importante inovação foi localizar o Ministério Público fora do âmbito de Poder Executivo, com autonomia administrativa e independência funcional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para a tarefa de defender e representar a União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo criou-se a Advocacia-Geral da União.

⁷⁵ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 03 June 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>.

A Constituição de 1988 tem por escopo compreender as relações sociais, com a criação de instrumentos constitucionais à defesa de direitos difusos e coletivos e de processamento das novas demandas da sociedade, tais como: ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança coletivo e ação civil pública.

Antecede a organização do Estado e dos poderes a afirmação dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais. A reunião dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais como pressupostos do Estado de Direito é inovação que vai ao encontro dos anseios da sociedade. Foram formalizados como normas constitucionais dirigidos aos trabalhadores vários direitos, tais como, dentre outros: relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária e sem justa causa, seguro-desemprego, irredutibilidade do salário, 13º salário, participação nos lucros, jornada de oito horas de trabalho e quarenta e quatro semanais, repouso semanal remunerado, férias anuais, com acréscimo de um terço e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Estabeleceu também a não exigência de autorização do Estado para fundação de sindicato, a unicidade sindical e a participação nas negociações coletivas de trabalho, dentre outros. Enfim, possibilitou-se a renovação das instituições e de criação de outras, mas há avanços e recuos. Todavia, muitos dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos sociais e dos trabalhadores ainda não foram reconhecidos pelo próprio Judiciário, como são os casos da concessão de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias.

2.4. A Emenda Constitucional (EC) 45/2004.

Após treze anos de tramitação foi aprovada a EC 45/2004, de 31.12.2004 (nominada de “reforma do Poder Judiciário”), que dentre outras inovações, criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instalado em 14.6.2005, como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. A demanda pela “Reforma do Poder Judiciário” surgiu da insatisfação da sociedade para com um Judiciário que não “fazia justiça”. Nesse sentido, a emenda constitucional procurou

realizar o acesso à justiça, a celeridade processual, e a efetividade das decisões judiciais, principais mazelas do Judiciário.

A EC 45/2004 estabeleceu igualmente a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; a ampliação da competência da Justiça do Trabalho; a previsão do cumprimento do princípio à ordem jurídica justa, a justiça itinerante e a sua descentralização; a autonomia administrativa, financeira e funcional da Defensoria Pública Estadual; a possibilidade de criação de varas especializadas para a solução de questões agrárias; a “constitucionalização” dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (TPI); a federalização de crimes contra os direitos humanos; possibilidade de controle da Magistratura e do Ministério Público; regulação do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária; a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso; criação da súmula vinculante; a limitação dos recursos repetitivos; o princípio da transcendência; e a criação das Escolas Nacionais de Formação de Magistrados. Foram extintos os tribunais de Alçada, onde existia, e os seus membros passaram a integrar os Tribunais de Justiça, e criado o Conselho Superior da Justiça do Trabalho no âmbito da Justiça do Trabalho.

O CNJ propunha-se a ser o “controle externo” do Poder Judiciário, todavia a sua composição de nove integrantes da magistratura dentre quinze conselheiros o caracteriza como mais uma instância administrativa de controle interno do Poder Judiciário.

Com a reforma e a redistribuição de competência, o Supremo Tribunal Federal – STF teve redução de cerca de 40% de processos para julgar, ampliando o espaço para o exercício de sua função essencial de ser uma Corte Constitucional.

Como dito antes um dos objetivos da reforma do Judiciário é a de ampliar o acesso à justiça. No projeto de reforma, a questão do acesso à justiça era classificada como direito humano, e um caminho possível à redução da pobreza e da promoção da equidade econômica e social. Nesse sentido, o acesso à justiça consiste em conferir condições para que a população tenha conhecimento dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais,

com vista à inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, segurança, assistência social etc.

O CNJ instituiu vários programas quanto ao tema do acesso à justiça.

O Programa Advocacia Voluntária que visa prestar assistência jurídica gratuita tanto aos presos que não têm condições de pagar advogado quanto aos seus familiares, tendo por objetivo tornar ágeis os processos e garantir o acesso à justiça às pessoas de baixa renda.

As Casas de Justiça e Cidadania consistem na constituição de rede integrada de serviços de assistência jurídica gratuita, informações processuais, audiências de conciliação (pré-processual), emissão de documentos, ações de reinserção de presos e egressos, tendo por objetivo promover a cidadania e a cultura de proteção dos direitos fundamentais, bem como o acesso à cultura e à justiça.

O CNJ instituiu, por meio da Resolução 125, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com o objetivo de solucionar os conflitos por meio de outros mecanismos, principalmente da conciliação e da mediação, além de outros serviços de valorização da cidadania.

A criação de juizados especiais constitui em importante meio de acesso à justiça, porque oferece à população a possibilidade da busca de soluções para os seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Os Juizados Especiais Cíveis conciliam e julgam ações de menor complexidade, que não excedam quarenta salários-mínimos, como as ações de despejo para uso próprio, possessórias sobre bens imóveis, arrendamento rural e de parceria agrícola, de cobrança de condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio, de ressarcimento de danos causados em acidente de veículos etc.

Mutirões de Cidadania, com o objetivo de estabelecer medidas concretas para a garantia de direitos fundamentais do cidadão em situação de vulnerabilidade, como à proteção à criança e ao adolescente, ao idoso, aos portadores de necessidades especiais e à mulher vítima da violência doméstica e familiar.

A promoção da conciliação junto ao Sistema Financeiro Habitacional, com o objetivo de retorno de recursos financeiros ao FGTS e, conseqüentemente, novos financiamentos à aquisição da casa própria.

No que diz respeito a formação e capacitação de pessoal, o CNJ criou alguns programas como Banco de Tutores do Poder Judiciário, que visa a integração dos Tribunais e Escolas Judiciais, centralizando informações sobre magistrados e servidores que tenham interesse em atuar como tutores e/ou instrutores de cursos presenciais e/ou a distância; o programa CNJ Acadêmico que visa fomentar, coordenar ou desenvolver projetos de pesquisa, eventos e programas de cooperação com instituições nacionais e internacionais para o aprimoramento do sistema judiciário. O CNJ estabelece compromisso e metas do Judiciário com vistas a coordenar e executar a política judiciária nacional.

O CNJ, por meio da Corregedoria Nacional de Justiça, criou programas específicos de inspeções e audiências públicas, com o objetivo de melhorar o atendimento judicial, e o resultando dessas inspeções e audiências compõem relatório das deficiências e as boas práticas encontradas, além de recomendações para a melhoria do desempenho. A formação do Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa é outra medida que possibilita monitorar e combater a corrupção na administração pública brasileira. Incumbe à Corregedoria Nacional de Justiça **“receber e processar reclamações e denúncias de qualquer pessoa ou entidade com interesse legítimo, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou sejam por este oficializados.”** (art. 2º, do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça).

A Lei 11.364/2006 criou, no âmbito do CNJ, o Departamento de Pesquisas Judiciárias, com o objetivo de contribuir para a formulação de políticas judiciárias e para a gestão estratégica da Justiça brasileira, na busca da qualidade da prestação jurisdicional e para práticas democráticas em suas próprias estruturas. O DPJ coordena os seguintes projetos: Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, Justiça em Números, Gestão Documental (PRONAME), Gestão Socioambiental e CNJ Acadêmico.

A gestão judicial conta ainda com a cooperação técnica do Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA). O CEJA é um organismo

intergovernamental com autonomia técnica e operacional criado em 1999, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja principal atribuição é o compartilhamento do conhecimento judicial nas Américas. Tem por finalidade disseminar as boas práticas judiciárias, promoção e aperfeiçoamento dos recursos humanos e de outras formas de cooperação técnica, bem como o apoio aos processos de reforma e modernização dos sistemas de justiça na região. O CEJA constitui-se no órgão executor dos projetos de reforma do sistema judicial da América Latina e Caribe dispondo-o (o sistema judicial) como contribuinte a reformas de mercado, com o fundamento de consolidação da democracia na região.

Contudo, deve-se reconhecer que a EC 45/2004 significou um passo importante no processo da democratização das instituições judiciais, outros devem se seguir. A criação do CNJ insere-se nesse contexto de avanço, ainda mais se considerarmos o papel de planejamento e coordenação que exerce sobre todo sistema judicial do país.

2.5. O orçamento do Poder Judiciário

Outro fato relevante é a centralização no CNJ, no Departamento de Acompanhamento Orçamentário, dos dados relativos ao orçamento dos órgãos do Poder Judiciário.

Na tabela abaixo, pode-se verificar o incremento da participação dos órgãos do Poder Judiciário, integrantes do Orçamento Geral da União (OGU) – excluído o refinanciamento da dívida mobiliária federal -, e consideradas as despesas com pessoal, correntes, investimentos, inversões financeiras e os precatórios.

EXERCÍCIO	PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL	PESSOAL	INVESTIMENTOS
2000	2.069	84.500	2.730
2001	2.178	81.800	2.920
2002	2.250	80.450	4.380
2003	2.267	83.220	3.000
2004	2.324	80.420	3.910
2005	2.463	79.210	4.160
2006	2.399	80.190	3.490
2007	2.654	81.510	3.450
2008	2.789	81.760	2.830
2009	2.901	83.520	2.950

Fonte: Departamento de Acompanhamento Orçamentário do CNJ
Elaboração: Alisson Droppa e Walter Oliveira

Do quadro deduz-se também o incremento, ano a ano, da participação percentual do Judiciário no OGU, com exceção do ano de 2006 (com relação ao ano anterior houve decréscimo de 2,59%). Houve acréscimo percentual de 19,12 do período 2009-2005 em relação ao período 2004-2000, após a Reforma do Judiciário. A média da participação do orçamento do Judiciário integrante do OGU no período 2001-2009 foi de 3,88%, e relativamente aos períodos 2009-2006 (média de 4,28%) e 2005-2002 (3,13%), o incremento de um período em relação ao outro foi de 36,74%, evidenciando que a reforma do Judiciário resultou no aumento da participação no OGU. No que diz respeito à despesa com o pessoal, o quadro evidencia que no período 2009-2001 houve decréscimo dessa despesa, em média -0,104%. No período 2009-2006 o acréscimo na despesa com o pessoal foi de 1,33%, enquanto que no período 2005-2002, houve decréscimo de -0,76%. Quanto aos investimentos a média do período 2009-2001 foi de 3,46%. No período 2009-2006 houve decréscimo, em média, de -7,74%, e no período de 2005-2002, acréscimo, em média, de 13,80%. Como se verifica, após a reforma do Judiciário houve decréscimo com a despesa de pessoal e dos investimentos.

2.6. O papel do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), criado pelo Decreto 510 de 22 de junho de 1890, tem por funções primordiais decidir a constitucionalidade dos atos dos demais poderes, julgar litígios entre a União e os Estados, e em última instância a aplicabilidade das normas constitucionais.

É o órgão de cúpula do Poder Judiciário, com competência para a guarda da Constituição. É composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O Presidente do Supremo acumula a função de Presidente do Conselho Nacional de Justiça. O STF indica três de seus ministros para compor o Tribunal Superior Eleitoral. Dentre as suas atribuições estão a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Também é competente para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da

República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros. Em grau de recurso, julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a possibilidade de o STF aprovar, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/88).

O Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal (art. 3º do RISTF/80). O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade (art. 4º, § 1º, do RISTF/80 - atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 25/08).

Duas questões devem ser destacadas: a primeira é quanto à composição do STF tendo por referência a Constituição de 1988, e a segunda diz respeito à súmula vinculante criada pela EC 45/2004.

O gráfico abaixo mostra a composição a partir da presidência do ministro Rafael Mayer, com início em 10.3.1987 até a presidência do ministro Maurício Corrêa com mandato findo em 07.5.2004.

Ministro Presidente	Período*	Composição (Ministro)
Rafael Mayer	10.3.1987 a 13.3.1989	Rafael Mayer , Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja
Néri da Silveira	14.3.1989 a 13.3.1991	Moreira Alves, Néri da Silveira , Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja
Aldir Passarinho	14.3.1991 a 21.4.1991	Moreira Alves, Néri da Silveira, Aldir Passarinho , Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard,

		Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio
Sydney Sanches	10.5.1991 a 12.5.1993	Moreira Alves, Néri da Silveira, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches , Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio
Octavio Gallotti	13.5.1993 a 16.5.1995	Moreira Alves, Néri da Silveira, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti , Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão
Celso de Mello	17.5.1995 a 21.5.1997	Moreira Alves, Néri da Silveira, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello , Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa
Carlos Velloso	27.5.1999 a 30.5.2001	Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso , Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim
Marco Aurélio	31.5.2001 a 04.6.2003	Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio , Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie
Maurício Corrêa	05.6.2003 a 07.5.2004	Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa , Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes

* Considerado o período sem as interrupções.

Gráfico elaborado pelo autor com base no site do STF disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>

Como se observa do gráfico, após cinco anos da Constituição de 1988 seis ministros remanesceram no STF, 54,54%, ou seja, a maioria permaneceu no tribunal na transição entre uma Constituição (do período autoritário) para outra (do período de democratização das instituições brasileiras). A guarda da Constituição é atribuição primeira do STF, bem como a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos sociais etc. Passado bastante tempo da promulgação da Constituição, muitos direitos constitucionais ainda não são realizados no nosso país, como por exemplo, o acesso à informação, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A guarda pelo STF da Constituição é bastante mansa, e isso se dá pela limitação imposta por outros atores institucionais, no nosso caso especialmente o Poder Executivo. Juízes adotam decisões racionais e sabem que apesar das garantias constitucionais de independência e autonomia, a separação de poderes é meramente formal e que o efetivo poder está concentrado no Executivo. Gretchen Helmke, na

pesquisa da Corte Suprema Argentina constatou que a cada mudança de regime político (na Argentina) os membros da Corte Suprema foram removidos, o que é diferente no Brasil, como visto, não há alteração significativa quando muda o regime. Helmke⁷⁶, para análise dessa situação formulou a hipótese da “defecção estratégica” na qual que juízes carentes de segurança institucional apoiam os governos de turno, mas quando o governo começa a perder o poder os juízes sentem-se estimulados a se distanciar do governo. Todavia, a toda evidência essa hipótese não se verifica no Brasil, com mais tendência a continuidade que se adapta as novas circunstâncias.

Para Boaventura de Sousa Santos *et alli* (1995), a função estrita dos tribunais é de resolução dos conflitos, mas não a única. Assevera que nas sociedades contemporâneas os tribunais desempenham outras três principais funções: instrumentais (resolução dos conflitos, controle social e criação do direito), políticas (mobilização dos tribunais pelos cidadãos nos domínios civil, laboral, administrativo etc, e a legitimação do poder político) e simbólicas (garantismo processual, igualdade formal, imparcialidade, e possibilidade de recurso). Neste trabalho, importa destacar a possibilidade da criação do direito pelos tribunais que para Boaventura de Sousa Santos na prática cotidiana há muita criação de direito nos tribunais, porque há “**emergência de normatividade particularista e negociada, a complexidade crescente dos negócios traduzida no uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e de equidade, a pressão formal ou informal sobre os juízes para agirem mais como mediadores do que como julgadores**”. Quanto à função política decorre do fato de os tribunais serem órgãos de soberania, de controle social e de legitimação do poder político no seu conjunto, o que, por si, confere as condições à politização da função judicial pelo incremento dos direitos de cidadania. A garantia efetiva desses direitos foi politicamente distribuída pelo poder Executivo e Legislativo, encarregados da criação dos serviços e da dotação orçamentária para tanto, de outro lado o Judiciário enquanto recurso contra as violações do pacto garantista.

⁷⁶ Para Helmke, quando um governo em exercício começa a perder o poder e debilitar-se, os juízes carentes de seguridade institucional se vem estimulados a incrementar medidas contrárias ao governo de modo a distanciar-se dele, a esse fenômeno denomina “defecção estratégica”. *In La logica de la defeccion : relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo em la Argentina em los periodos de la dictadura y la democracia. Instituto de Desarrollo Económico y Social, Vol 43, n.170 (jul-set 2003), pp. 179-201. URL: <http://www.jstor.org/stable/3455820>*

A súmula vinculante (anexo 2), criada pela EC 45/2004, tem força de lei e estabelece vínculo jurídico com todos os juízes para que adotem o entendimento do STF sobre determinada matéria com jurisprudência consolidada.

O art. 103-A da Constituição da República estabelece:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Como se verifica, a finalidade é buscar um padrão de decisão judicial evitando que a mesma lei ou norma seja interpretada de maneira diversa para situações análogas e dessa forma corrigir distorções na aplicação da lei. Outro motivo para a criação da súmula vinculante é da racionalização do trâmite de processos no STF, para que a decisão anteriormente tomada por seus ministros em casos análogos seja considerada, evitando novo exame. A súmula vinculante na prática é o nosso precedente, porquanto frente a lei que disciplina a matéria tem precedência no julgamento do caso concreto do direito. Em consequência busca-se a diminuição do número de processos em tramitação no STF, tornando célere e eficaz suas decisões. Todavia, após dez anos de existência mostrou-se pouco eficaz porque o STF ainda está para julgar grande número de processos, alguns de repercussão geral e de interesse de toda a sociedade. E assim, o Judiciário continua se caracterizando

pela demora na prestação jurisdicional, pela sua pouca racionalidade, por uma magistratura ensimesmada e distante dos anseios da sociedade.

O STF enquanto órgão de cúpula do judiciário brasileiro, responsável pela guarda da Constituição, constitui-se ator político essencial à institucionalidade democrática e na articulação do sistema de governo. Contudo, esse potencial é bastante constrangido pela dinâmica dos demais poderes, e, como bem observa Marcos Faro de Castro, “a análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo no programar de políticas públicas”. Assim, podendo fazer mais, faz menos.

Não há dúvida que para entender o sistema judicial brasileiro, estudar o STF, sua natureza, funções, competências, composições, atuações, entendimentos, dentre outras variáveis, é um bom caminho para todo pesquisador que tem por objeto o Judiciário como fonte de pesquisa.

Nesse capítulo buscou-se mostrar a evolução da justiça no Brasil localizando-a no sistema de governo em cada uma das constituições até a de 1988 e a Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu reforma substantiva na organização do Poder Judiciário e no sistema de justiça em geral. A marca do Poder Moderador ainda se expressa nas nossas instituições políticas, tanto em um Executivo hipertrofiado quanto no Legislativo e Judiciário acostumado à intervenção do poder político maior. A partir da Constituição o Judiciário Federal tem aumentado a sua participação no Orçamento Geral da União para enfrentar o aumento de sua estrutura e possibilitar o acesso à justiça e isso implica também em aumento do poder político. Nesse contexto os tribunais passaram a criar o direito, aplicando sua jurisprudência para decidir, em vez da lei em sentido estrito. Com isso, a judicialização de temas políticos tem se tornado comum, frente à possibilidade de se obter decisão favorável a uma determinada demanda, ainda que liminarmente, e independente da lei. Tema para outro trabalho seja a relação do Judiciário e a mídia no Brasil, em que a imprensa certa da impunidade jurídica se acostumou a denúncias sem prova alguma. Por isso, a sociedade deve se preocupar cada vez mais com essa possibilidade de o Judiciário criar o direito sem qualquer tipo de controle social.

No próximo capítulo examinar-se-á o fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra e a sua dinâmica no mercado de trabalho na década de 1990.

Capítulo 3 – Terceirização de serviços e mão de obra.

3.1. Introdução. 3.2. O fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra no mercado de trabalho na década de 1990. Conceito e finalidade. Atividade-fim e atividade-meio. 3.3. Normas Internacionais do Trabalho acerca da terceirização. 3.4. Efeitos da terceirização nos contratos de trabalho. 3.5. Perspectivas da terceirização no Brasil. 3.6. Conclusão.

3.1. Introdução

A terceirização de serviços e mão de obra marca novo padrão da reestruturação da produção de bens e serviços no Brasil na década de 1990. Trata-se de fenômeno político-econômico de dinamização de espaços de acumulação de capital e geração de riqueza que tem por efeito deletério a decomposição das relações de trabalho. Parece evidente que para regular esse fato do mundo do trabalho o debate deveria ser amplo a ponto de envolver toda a sociedade, todavia isso não ocorreu. A agenda econômica do governo Collor de inserção do país no mercado globalizado de abertura da economia à livre atuação de empresas estrangeiras no país, de importação de bens e serviços, inclusive novos modos de acumulação de capital, e a terceirização é um desses modos. Portanto, da agenda econômica do governo o debate foi condicionado ao empresariado com fundamento nos ganhos e aumento da taxa de lucro e aos setores mais organizados dos trabalhadores, que tinham interesse na manutenção do nível de emprego. Na atualidade a terceirização é amplamente praticada nos setores privado e público. Aliás, o setor público brasileiro (governos) tornou-se dependente da terceirização à continuidade de inúmeros serviços públicos.

A terceirização de serviços e mão de obra tem por principal efeito prejudicial o rompimento formal da relação de trabalho entre a empresa que terceiriza e o trabalhador. Segundo Mauricio Delgado⁷⁷, a **“terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado**

⁷⁷ Para Mauricio Godinho Delgado “o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para *suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho*, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental”, in Curso de Direito do Trabalho, Ed. Ltr, 4ª edição, 2005, pp. 430/431.

capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora de trabalhador envolvido”. Surge então uma relação socioeconômica e jurídica trilateral além da típica relação de emprego bilateral, entre empregado e empregador. Muitos trabalhadores ajuízam reclamação trabalhista pedindo o reconhecimento da relação de emprego com a empresa que terceirizou os serviços e empregou mão de obra à produção de bens e serviços. Esses processos são examinados pela Justiça do Trabalho e na resolução desses conflitos a Justiça do Trabalho aplica a súmula 331 do TST. Impressiona que até os dias atuais inexistia lei em sentido estrito para regular a terceirização de serviços e mão de obra, fenômeno que atinge a vida de milhões de trabalhadores brasileiros. A terceirização é regulada formalmente desde 1993 pela súmula 331 do TST, substituindo com eficiência a função legal na resolução das ações trabalhistas que envolvam a matéria no país. Isso confere a verdadeira dimensão da necessidade de lei debatida no legislativo federal, em vez de súmula elaborada com pretensão critério técnico jurídico cingido ao âmbito de uma corte judicial. Neste trabalho examina-se o caso da terceirização, mas há também outras questões e temas relevantes da sociedade são decididos pela jurisprudência dos tribunais superiores, relativamente à política, economia, saúde, educação, etc. A abordagem da Justiça do Trabalho para regular essa situação em nível deu-se na responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços no caso de não cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Temas relevantes como esse para a sociedade não podem ser decididos e regulados no âmbito restrito dos tribunais, onde os jogos institucionais são considerados, às vezes em detrimento dos anseios da maioria da população, inviabilizando causas coletivas e sociais. O locus apropriado ao debate e deliberação é o Poder Legislativo, onde as representações sociais intermediadas pelos partidos políticos se fazem presentes. Consequentemente, o Judiciário ao ampliar o alcance de sua jurisprudência a ponto de substituir a lei em sentido estrito gera distorção no

sistema político caracterizando usurpação de função atribuída a outro poder de Estado, e turbando a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Isso considerado, a seguir examina-se a terceirização de serviços e mão de obra como resultado da política econômica adotada pelo governo federal na década de 1990 (governos Collor e FHC) de promoção da reestruturação produtiva que produziu mudanças nas relações de trabalho em prejuízo aos direitos dos trabalhadores.

3.2. O fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra no mercado de trabalho na década de 1990. Conceito e finalidade. Atividade-fim e atividade-meio.

“Mas, ao mesmo tempo em que a ‘vitória’ neoliberal agrava as desigualdades sociais, a degradação ambiental e o aumento da exploração dos trabalhadores, outras práticas e valores realmente civilizatórios despontam no mundo todo. A cooperação, a solidariedade, o compromisso com a vida e com a natureza, o pacifismo, a busca da inclusão social deixam de ser utopias ou meros discursos e passam a ser práticas concretas, mostrando que um mundo melhor é possível (Cattani,2001).” Antonio David Cattani *in* Dicionário Crítico sobre Trabalho e Tecnologia

A terceirização, enquanto modo de organização industrial e da exploração do trabalho desenvolve-se dentro do sistema capitalista e tem origem nos modelos de extração do excedente do trabalho do taylorismo/fordismo e toyotismo.

Frederick Winslow Taylor em 1911 publicou a sua obra mais importante “Princípios da Administração Científica”, por conta de seus estudos sobre tempos e movimentos do trabalhador no desempenho de determinada tarefa com vistas a ganhos de produtividade e economia do tempo, é considerado o criador da organização científica do trabalho. O seu modo de organizar a produção de bens com base nos seus estudos e princípios enunciados ficou conhecido como “Taylorismo”. Henry Ford incorporou e aprimorou o modo de produção de Taylor e o aplicou na linha de montagem na produção de automóveis, e em 1914 introduziu a jornada de oito horas e a

remuneração de cinco dólares por dia, lançando as bases do mercado de consumo de massa. Posteriormente, o capitalismo pós-guerra associou produção em massa com mercado de consumo em massa, vinculando essas duas variáveis a partir do controle do ritmo de trabalho e o fluxo da linha de montagem, fixando o trabalhador em seu posto.

O toyotismo (desenvolvido pelo engenheiro Taiichi Ohno, da Toyota) é outro modo de organização do trabalho e da produção, desenvolvido pela indústria automobilística Toyota, no Japão. Nesse modo de produção é utilizada a terceirização por meio da técnica administrativa denominada *just in time* (no tempo certo), produzindo na quantidade e tempos exatos, no qual estabelece-se relação entre a empresa-mãe e as “terceiras”, envolvendo subcontratação de empresas numa cadeia produtiva única. O objetivo é de uma produção enxuta, produzir exatamente o que será consumido, com redução do tempo de máquina parada, redução de estoques iniciais, intermediários e finais de produtos na empresa, redução de desperdícios e racionalização do tempo de trabalho do trabalhador.

A seguir, quadro com as principais características do taylorismo/fordismo e toyotismo, bem como as características semelhantes desses modelos.

Principais características taylorismo/fordismo	Principais características toyotismo	Características semelhantes
<p>O trabalho é parcelado em tarefas específicas, simplificadas, repetitivas, semi ou desqualificadas, tendo por finalidade a eliminação dos espaços de tempo em que o trabalhador não produz.</p> <p>Há separação entre a execução e a concepção dos produtos. Os engenheiros e gerentes planejam e controlam o trabalho e definem o trabalho a ser realizado.</p> <p>A padronização, cronometragem das tarefas, normalização dos processos mecânicos das máquinas e da linha de</p>	<p>1. O trabalho é realizado a partir de equipes de trabalho e os trabalhadores passam a exercer múltiplas tarefas. Em geral, exige-se um trabalhador mais qualificado. Com isso supera-se o conceito de posto de trabalho típico do modelo fordista/taylorista.</p> <p>2. A rígida separação entre execução e concepção do trabalho do taylorismo/fordismo dá espaço para uma diferença mais tênue possibilitando a participação dos trabalhadores por meio de sugestões e da chamada</p>	<p>1. Os dois modelos desenvolvem-se dentro do sistema capitalista.</p> <p>2. Têm a finalidade de extrair taxa maior de excedente do trabalho, com busca de maior produtividade, redução de custos e maior rentabilidade do capital.</p> <p>3. Crescente padronização do trabalho e a incorporação do saber informal do trabalhador no processo produtivo. A precisa cronometragem de intervalos de tempo mais curtos para as operações, a eliminação dos tempos mortos e a intensificação do ritmo de trabalho.</p>

<p>produção moldam a disciplina.</p> <p>A gestão da empresa é altamente centralizada e hierarquizada verticalmente. Os prêmios e castigados são definidos pela chefia.</p> <p>Nos países centrais, na Europa, a relação contratual desse modelo possibilitou contratos coletivos de trabalho amplos, setoriais e nacionais.</p> <p>A aglutinação de trabalhadores em grandes empresas, sua homogeneização, e relação hierarquizada fez com que os conflitos trabalhistas conduzissem a uma certa solidariedade de classe e possibilitasse uma organização sindical geral e por ramo de atividade econômica.</p>	<p>“gestão participativa”.</p> <p>3. Há sofisticação dos métodos de controle de trabalho através da responsabilidade do grupo de se autovigiar e se autocontrolar, envolvendo o trabalhador com benefícios para que “vista a camisa da empresa”.</p> <p>4. A empresa é o espaço privilegiado para o estabelecimento de contratos coletivos de trabalho.</p> <p>5. O sindicato por empresa e até por departamento vai substituindo o sindicato por ramo de atividade econômica do fordismo. O sindicato por empresa do toyotismo contribui para dissolver a solidariedade de classe e maximiza o comprometimento e a dependência do trabalhador em relação a empresa.</p> <p>6. A gestão participação através de Programa de Qualidade Total e Círculos de Controle de Qualidade conferem envolvimento ideológico, incentivos salariais, caixas de sugestões etc. limitando os trabalhadores às bases da padronização.</p>	
---	---	--

Fonte: Gráfico elaborado pelo autor com base no Dicionário de Ética Econômica, Editora da Unisinos, São Leopoldo, 1997, verbete “Organização do Trabalho”.

Importa destacar quanto a esses modos de organização da produção a necessidade capitalista de apropriação sempre maior da taxa de excedente do trabalho. Como se sabe se determina a força de trabalho pelo tempo de trabalho necessário à sua produção. Como demonstrou Marx, a jornada de trabalho é uma grandeza variável determinada pelo tempo de trabalho necessário à reprodução contínua do próprio trabalhador, mas a grandeza total varia com a extensão ou duração de mais trabalho. No modo de

produção capitalista, o trabalho necessário constitui uma parte da jornada de trabalho e, como explica Marx, o único impulso do capital é a sua autovalorização “de criar mais-valor, de absorver, com sua parte constante, que são os meios de produção, a maior quantidade possível de mais-trabalho. O capital é trabalho morto, que, como um vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quanto mais trabalho vivo suga. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou do trabalhador. Se este consome seu tempo disponível para si mesmo, ele furta o capitalista”.

Logo, a essência da produção do capital é a diminuição do trabalho necessário e aumento do excedente de trabalho ou mais trabalho, criando mais valor, do qual se apropria o dono dos meios de produção.

Conceito e finalidade.

A terceirização enquanto modo de organização do trabalho da produção capitalista tem por finalidade a redução dos custos de produção, repassando certas atividades até então realizadas pela empresa para outras empresas, concentrando sua função na atividade-fim. Nesses custos de produção compreendem-se os salários dos trabalhadores, investimentos, pesquisas e matérias-primas. Contudo, o que é terceirização? A terceirização ocorre quando uma empresa transfere uma ou mais de suas atividades realizadas por trabalhadores diretamente contratados para que outra empresa execute essas atividades. A empresa que transfere a atividade é chamada de “empresa-mãe”, e a que recebe a atividade empresa terceirizada ou contratada. A empresa que terceiriza atividades dispensa os contratos de trabalho mantidos com os trabalhadores que exerciam essas atividades. Na prática, os trabalhadores podem ser contratados pela empresa que prestará serviços, ou mesmo o próprio trabalhador constitui empresa individual (pessoa jurídica) para continuar na prestação de serviços para a empresa que terceirizou. Portanto as relações de trabalho e os contratos de emprego estabelecem-se com a empresa terceirizada que, possivelmente será a prestadora de mão de obra para a “empresa-mãe”, que será tomadora de serviços da empresa terceirizada. Os trabalhadores em uma ficção jurídica são desvinculados da “empresa-mãe” passando a vincular-se à empresa terceirizada, mas realmente esses trabalhadores continuam a prestar serviços

diretamente à “empresa-mãe” que emprega a sua força de trabalho na consecução de sua produção. Essa ficção jurídica tem por finalidade fragmentar o salário do trabalhador, diminuindo o seu valor nominal cuja apropriação é transferida para uma terceira empresa (terceirizada) que se interpõe no vínculo entre empresa e trabalhador.

A terceirização é fenômeno mundial, mas cada país apresenta alguma particularidade devido a sua realidade econômica, política, social e cultural. Sandro Ruiduit⁷⁸ fala da perspectiva pessimista da terceirização dizendo que David Harvey influencia os analistas dessa perspectiva, porque haveria maior flexibilidade numérica e menor segurança para esse grupo de trabalhadores (terceirizados) do que para os demais. Diz-se que se terceiriza é a atividade e não a empresa ou o trabalhador, mas no Brasil é comum identificar que trabalhadores empregados de empresa prestadora de serviços para outra grande empresa pública ou privada tomadora desses serviços, como a Petrobras, por exemplo, são conhecidos e chamados de trabalhadores “terceirizados”.

Atividade-fim e atividade-meio.

Atividade-fim é a primordial da empresa de produção de bens ou serviços, a razão de sua existência, essa atividade pode ser feita pela empresa ou terceirizada. Atividade-meio integra o apoio à produção do bem ou serviço, geralmente terceirizada como a limpeza e segurança. No limite a terceirização pode ser total, tanto das atividades-meio como as atividades-fim focando a empresa naquilo que a diferencia frente à concorrência, exemplo disso são as empresas que detêm marcas mundiais como a Nike ou Lacoste, não possuem nenhuma fábrica e as fábricas que produzem seus produtos localizam-se em diversas partes do mundo, como China, Vietnam, Camboja, Peru, Colômbia e outros. É o chamado *outsourcing*, ou seja, a contratação de empresa à realização de tarefas antes realizadas internamente, no caso, a organização do trabalho foi totalmente transferida para outras empresas localizadas em países

⁷⁸ Para Sandro Ruiduit, Harvey influencia os analistas ao “conceber a estrutura do mercado de trabalho, sob a ‘acumulação flexível’, como constituída por um centro e por mais dois grupos periféricos, sendo um deles composto por empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal com contrato por tempo determinado, temporários, treinandos com subsídio público e trabalhadores de empresas subcontratadas/terceirizadas”, in *Dicionário Crítico sobre Trabalho e Tecnologia*, organizado por Antonio David Cattani, editoras Vozes e UFRGS, 4ª edição, 2002, verbete “Terceirização/Subcontratação, pp. 335-341.

com custo menor de mão de obra. Nessa lógica pode ocorrer a seguinte distorção: a empresa-mãe detém tantos contratos com outras empresas prestadoras de serviços à execução de suas atividades, absorvendo tempo de sua função principal para a gestão desses contratos. Para resolver esse problema, a empresa-mãe contrata outra empresa somente para o gerenciamento desses contratos com as prestadoras de serviços (terceirizadas), o que é chamado de quarteirização.

Essa reestruturação do modo de produção, de uma nova divisão do trabalho da qual a terceirização é expressão, gera efeito em todos os níveis, local, regional, nacional e internacional no mundo do trabalho. Nos Estados Unidos o intenso e constante processo de terceirização eliminou milhões de postos de trabalho, perda da base industrial e de qualidade dos produtos.⁷⁹ Comenta-se que a terceirização desbragada levada a efeito nos Estados Unidos fez com que 14 milhões de empregos qualificados nas áreas de tecnologia de informação, contabilidade, arquitetura, serviços médicos e jurídicos, dentre outros, deixassem de ser ofertados por conta da terceirização *offshore* e isso está erodindo rapidamente o status norte americano de superpotência.⁸⁰

Como já referido a terceirização surge no curso da reestruturação capitalista com vistas ao aumento da taxa de excedente de trabalho em menor tempo, resultando em novo padrão de organização do trabalho urbano-industrial. Desse modo, resultou em um capital revitalizado pela apropriação de maior taxa de excedente de trabalho gerando novo ciclo de financeirização à garantia do consumo em massa e, posteriormente, o retorno em padrões altíssimos do capital desvinculado diretamente da produção de bens e serviços, o capital usurário.

No Brasil, a Lei 6.019/74, de 03.01.1974, dispôs sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, estabelecendo a possibilidade de contratação por determinado tempo pessoa física para o atendimento das

⁷⁹ Artigo de James Moreland, *The Outsourcing of American Jobs Hurts de Economy on Every Level*, disponível em: <http://economyincrisis.org/content/the-outsourcing-of-american-jobs-hurts-the-economy-on-every-level>

⁸⁰ Artigo de Paul Craig Roberts, *The Offshore Outsourcing of American Jobs: A Great Threat Than Terrorism*. Disponível em: <http://www.globalresearch.ca/the-offshore-outsourcing-of-american-jobs-a-greater-threat-than-terrorism/18725>

necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou de acréscimo de serviço. Essa lei formalizou, ainda que de forma incipiente e limitada, a terceirização de mão de obra. Posteriormente, a Lei 7.102/83, de 20.6.1986, possibilitou a terceirização de serviços para o setor bancário ao prever que a vigilância ostensiva e o transporte de valores sejam executados por empresa especializada. A Lei 8.863/94, de 28.3.1994, ampliou essa possibilidade para toda e qualquer empresa ou instituição pública ou privada. Também, é importante referir que a Lei 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT declarando inexistente vínculo de emprego entre os associados e a cooperativa de trabalho e, tampouco, em relação aos tomadores de serviços daquela.

No caso brasileiro, o novo padrão à acumulação de capital fez-se sentir com força ao final da década de 1980 e início de 1990. A Constituição de 1988 surge como marco inicial do processo de redemocratização política brasileira, e no, âmbito internacional, o imperativo da inserção econômica do Brasil no mercado, com a configuração de uma nova divisão do trabalho. Correlato disso é o fim do modelo de substituição de importações e a abertura econômica ao exterior, dissociado de um projeto de desenvolvimento soberano nacional. Nessa configuração, existia uma tensão real entre o projetado para o país com a nova Constituição e a realidade da política econômica do governo de orientação liberal. A propaganda contra a estrutura do Estado foi ampla e profunda, cujos efeitos sentem-se até os dias atuais. Adjetivavam-no como ineficiente, mal gerido, clientelista, atrasado tecnologicamente vendo-o como obstáculo à atuação das forças econômicas que promoveriam o desenvolvimento econômico pleno em benefício da sociedade.

Abre-se breve parêntese para referir que o governo Collor (1990-1992) encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei para a reforma trabalhista e da Consolidação das Leis do Trabalho com a finalidade de introduzir a “livre negociação entre empresários e trabalhadores”, com fundamento de rompimento com as amarras do Estado paternalista, corporativo e de tutela do trabalhador. O trabalhador deveria ser educado para não depender da proteção do Estado e negociar diretamente com o empresário as condições de trabalho. A proposta de reforma trazia a figura do “arbitro individual” com função de solucionar os conflitos entre empresas e

trabalhadores como pré-requisito ao ajuizamento da ação na Justiça do Trabalho. Era necessário adaptar o direito trabalhista nacional aos imperativos de maior produtividade e competitividade. Felizmente essa proposta foi barrada no Congresso Nacional muito pela mobilização social (movimentos ativos na sociedade) geral ainda vitalizada pelas conquistas inscritas na Constituição e que oferecia bastante resistência contra a retirada dos novos direitos.

Passado o governo Collor/Itamar sobreveio o governo do Fernando Henrique Cardoso (1995 a 1998 e 1999 a 2003) cuja agenda política econômica, definida pela consigna de “Fim a Era Vargas”, objetivo do governo FHC no seu discurso de despedida no Senado, incluía a liberalização financeira e comercial indiscriminada, altas taxas de juros, valorização do câmbio, aumento das importações de bens e serviços, privatizações indiscriminada das empresas públicas e desregulamentação do mercado de trabalho. Volta à pauta a proposta de reforma trabalhista, negociação direta entre trabalhadores e empregadores, a arbitragem como modo de solução de conflitos trabalhistas e até a extinção da Justiça do Trabalho. Assim, em linhas gerais, do período autoritário segue-se uma nova Constituição da República com grande aspiração de promover a justiça social, com direitos individuais e sociais com vistas à construção de uma sociedade mais justa e democrática. Todavia, a reação veio rápida e iniciou-se o período da desconstituição da Constituição e no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores é o trabalho constante para a garantia desses direitos, contra a precarização das condições de trabalho e das relações de trabalho numa conjuntura de crescimento do desemprego estrutural, contratos de trabalho não formalizados, incorporação de novas tecnologias, desindustrialização e baixo crescimento da econômica.

Ressaltam-se dois aspectos políticos relevantes quanto a Constituição. O processo da constituinte gerou debate intenso na sociedade, e mobilizou amplos setores da sociedade em torno das suas propostas. Isso resultou em inegáveis avanços para a maioria da população brasileira, mas essas conquistas foram marcadas dentro da Constituinte pela reação conservadora contra essas conquistas sociais, representada pelo chamado “centrão” que tinha viés da economia. Assim, desde a constituinte dá-se esse embate, persistente até os dias atuais, de bloqueamento dessas conquistas sociais. A Constituição é isso programática, com muita expectativa de

realizações dos anseios sociais e ao mesmo tempo clivada com a ideia de reforma para expurgá-la dos muitos direitos sociais estabelecidos formalmente. Ao longo dos seus vinte e seis anos a Constituição foi sistematicamente alterada e atualmente tem-se 84 Emendas Constitucionais.⁸¹

Neste trabalho, aspecto importante é a notação da “aproximação” do sistema judicial com a economia e a sua agenda política. Uma das hipóteses de trabalho refere-se à subalternização do sistema judicial à agenda econômica do Executivo Federal na década de 1990. Nesse sentido, observa Fabiano Engelmann⁸² que a adequação do modelo de ordenamentos jurídicos nacionais ao ambiente de negócios internacionalizado, no caso brasileiro não teve o mesmo impacto porque a recomposição do sistema judicial iniciado nos debates da Constituinte de 1986 redefiniu as funções políticas das instituições judiciais, com o crescimento do Ministério Público e da afirmação do Judiciário enquanto poder de Estado com capacidade de intervenção na esfera pública. Essa redefinição do papel das instituições judiciais com a Constituição pode ser causa das reais mazelas do Poder Judiciário na atualidade, porque se operou formalmente uma mudança para a qual as instituições judiciais tinham a sua cultura cevada pelos ditames do longo período autoritário. Se de um lado a Constituição retirou o Ministério Público da Alçada do Poder Executivo, “conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade”, o fez orbitar ao redor de um Poder Judiciário, sem qualquer tipo de controle social, autárquico e corporativo, e na atualidade capaz de fazer suas próprias leis.

⁸¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

⁸² Fabiano Engelmann examina a origem do modelo de arbitragem para o Brasil e a mobilização de lideranças empresariais e advogados na aprovação da Lei n. 9.307/96. A construção dessa lei era uma causa política desses atores, e desde “o início da década de 1980, diversas iniciativas direcionaram a construção institucional da arbitragem no Brasil, passando por iniciativas oriundas do Ministério da Desburocratização (1976-1986), congressos, formulação de projetos de lei, o ativismo dos institutos liberais e diversas associações comerciais. Esse processo mostra a complexidade de estudar-se as bases de importação de um instituto já assimilado em sistemas judiciais como o norte-americano, e que envolve desde a mobilização de associações empresariais periféricas até a viabilização de acordos com organismos internacionais promotores da cultura da arbitragem. Da mesma forma, a concretização desse marco legal contempla a adesão de políticos vinculados ao meio empresarial que contribuem para alavancar a prática arbitral como 'causa política'. A presença de organismos internacionais como o Banco Mundial foi apenas parte de um processo que evolve um amplo leque de agentes posicionados no espaço de fronteira entre o Direito e a economia que compreende a adesão ao ideário liberal e o vínculo ao espaço empresarial”.

O Governo Federal financiou o Programa Brasileiro da Qualidade e Competitividade inspirado nos modelos norte-americano e japonês de reestruturação produtiva e qualidade da produção, com a finalidade de modernização das empresas por intermédio de inovação tecnológica e de gestão. Algumas empresas optaram por reduzir seus custos para aumentar sua competitividade eliminando postos de trabalho e debilitando as condições de trabalho. Outras adotaram a estratégia de focalizar na produção de seu produto final, terceirizando as atividades-meio. De qualquer modo, uma ou outra estratégia ou as duas combinadas tiveram por resultando a piora das condições de trabalho e de existência do trabalhador.

O setor de serviços no Brasil mostrou-se bastante atraente para os investimentos estrangeiros interessados na exploração do mercado interno brasileiro. Essa inversão de capital estrangeiro deu-se preferencialmente com o processo de privatizações, e o caso das telecomunicações é exemplo disso. Um grande setor de prestação de serviços, relativamente organizado e com acúmulo tecnológico foi privatizado com a justificativa de maior eficiência e qualidade dos serviços prestados ao consumidor. Privatizado o setor das telecomunicações as empresas prestadoras de serviços de telefonia é um dos mais demandados em processos judiciais em que se reclama à observância dos direitos do consumidor. Além disso, nesse setor utiliza-se amplamente a mão de obra das empresas prestadoras de serviços, com precárias condições de trabalho, longas jornadas de trabalho e de alta rotatividade.

Nesse contexto, as grandes empresas transnacionais que lideram as principais cadeias de produção integram pequenas e médias empresas na cadeia produtiva absorvendo suas tecnologias.

Dentre as justificativas para a terceirização estão: a) a incorporação de inovações organizacionais e gerenciais; b) concentração de esforços, transferindo atividades que não seja a razão de sua existência para outras empresas; c) redução ou transformação de custos fixos em variáveis, de acordo com a demanda; d) processos produtivos e administrativos simplificados; e) contar com o dinamismo da empresa terceira, com mais criatividade e menos onerosidade à produção que a empresa que terceiriza. As empresas com a terceirização buscam maior eficiência, atingir clientes potenciais, facilitar a gestão empresarial, estabelecer parcerias para o

desenvolvimento tecnológico para diminuir custos, aumento da qualidade do produto, debilitar a organização dos trabalhadores por meio da pulverização de atividades em diversas empresas de menor tamanho, e dificultando a negociação coletiva.

Segundo as empresas a terceirização tem por resultados a diminuição do desperdício, melhor controle da qualidade, produtividade maior, processo decisório ágil, menor número de empregados, atomização da organização de trabalhadores, diminuindo as reivindicações e as greves, e limitação das ações sindicais e trabalhistas. Como se verifica as empresas tem por positivo padrão rebaixado de organização dos trabalhadores de modo a diminuir as reivindicações e o exercício de direitos.

No caso brasileiro, o substrato a esse tipo de reestruturação produtiva é da estagnação econômica, trabalhadores com pouco ou nenhuma qualificação, alta taxa de rotatividade no emprego, relações de trabalho marcadas pelo autoritarismo, incipiente organização por local de trabalho e acordos coletivos aviltados.

Há importante distinção de ordem justrabalhista entre terceirização lícita e ilícita. A terceirização lícita constitui quatro grandes grupos e estão assentadas no texto do Enunciado 331 do TST, como as situações empresariais autorizadas do trabalho temporário, especificadas pela Lei 6.019/74; as atividades de vigilância regidas pela Lei 7.102/83; as atividades de conservação e limpeza; e os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Consequentemente, terceirização ilícita é aquela que não se enquadra nessas situações.

A terceirização no setor público estava no bojo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), com objetivo de promover o ajuste fiscal e novo modo de gerenciamento do setor público, direcionando o Estado como regulador do mercado. A questão era a autonomia da economia frente ao Estado limitando a sua atuação mediante a transferência de algumas atividades à iniciativa privada, como modo de conter o crescente déficit público e diminuir o tamanho da máquina administrativa. Foi criado o Ministério da Reforma do Estado (MARE), com a finalidade delimitar a atuação do estado em três áreas: atividades exclusivas do Estado (formulação de estratégias, políticas públicas, agências executivas e reguladoras), serviços sociais

(escolas, universidades, centros de pesquisa científica e tecnológica, creches, ambulatórios etc.), e produção de bens e serviços para o mercado (retirada do Estado desses setores da economia).

A administração pública brasileira possui a cultura de contratação de serviços para desenvolver suas atividades. A Lei 200/67 disciplinava a transferência de atividades para empresas privadas. Todavia, com o advento da Lei 8.666/93 foi definido um conjunto de regras para a contratação de serviços para os âmbitos municipal, estadual, distrital e federal. A terceirização na administração pública é precedida por licitação regulada pela Lei 8.666/93 e leis posteriores que a alteraram. Por meio de licitação a administração pública pode delegar atividades a uma empresa, sem haver nenhum vínculo de subordinação entre o trabalhador da empresa prestadora de serviços e o órgão público. A Lei 8.745/93 regulamenta a contratação por tempo determinado na administração pública em casos de situação excepcional ou temporária, tais como calamidade pública, professores substitutos, dentre outros. A contratação de trabalhadores pela administração pública por meio de empresa interposta é irregular, mas não gera vínculo de empresa com o órgão público porque o ingresso no serviço público ocorre mediante concurso público. Assim, torna-se inviável reconhecer relação de emprego de empregado de prestadora de serviços diretamente com a administração pública, mesmo que a terceirização seja ilícita. O Enunciado 331, II, do TST, dispõe: **“A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional”**. No caso de despedida do trabalhador terceirizado o órgão público é responsável subsidiário pelo pagamento de tais verbas, isto é, em caso do não pagamento pela empresa prestadora de serviços (terceirizada) das parcelas salariais, rescisórias, remuneratórias, o órgão público deverá efetuar esse pagamento.

Portanto, a legislação brasileira permite a terceirização de serviços na administração pública somente da atividade-meio, porque não se delega atividades que constituem a sua própria razão de ser (atividade-fim), todavia, essa regra não se aplica aos serviços públicos objeto de concessão, tampouco as atividades exclusivas de Estado.

A Lei Complementar 101/2000 (Responsabilidade Fiscal) limitou os gastos com a terceirização na administração pública na medida em que

reduzem as chamadas despesas correntes (custeio e pessoal), estabelecendo no art. 18, § 2º, que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como **Outras Despesas de Pessoal**”. Com isso, os valores desses contratos devem ser computados no montante da despesa total com pessoal da União e dos entes federados.

A terceirização é amplamente utilizada como instrumento de gestão no âmbito da administração indireta, estatais, fundações e autarquias. No âmbito da saúde pública é bastante empregada na contratação de médicos, enfermeiros, e outros profissionais de hospitais e casas de saúde, principalmente de municípios que em vez de recrutarem esses profissionais por meio de concurso público preferem a contratação por meio de empresa prestadora de serviços, tornando precários os contratos de trabalho desses profissionais.

O setor de petróleo sofreu e sofre processo de ampla terceirização, o que contribuiu para além da diminuição do número de trabalhadores empregados diretamente tendo havido a desqualificação da mão de obra e transferência de tecnologia própria outras empresas. A preparação para a privatização da Petrobras é uma das causas da diminuição do número de trabalhadores contratados diretamente e isso impulsionou a terceirização para se evitar a solução de continuidade das atividades da empresa, e como estratégia para novos negócios. Segundo dados do DIEESE em 1995 o número de terceirizados empregados era de aproximadamente de 29 mil e em 2005 de 143,7 mil trabalhadores. Efeito perverso dessa terceirização desmesurada foi o aumento do número de acidentes de trabalho dos empregados das empresas terceiras.

3.3. Normas Internacionais do Trabalho acerca da terceirização.

Oscar Ermida Uriarte e Natalia Colotuzzo⁸³ relatam a existência de projeto para a elaboração de Convênio Internacional de Trabalho a respeito de

⁸³ Oscar Ermida Uriarte e Natalia Colotuzzo apresentaram relatório técnico “Descentralização, Terceirização, subcontratação”, sobre o impacto da terceirização da produção e trabalhista no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf

trabalho em regime de subcontratação da qual a terceirização de mão de obra é espécie, mas apontam que o debate não avançou, principalmente, por duas causas: a) aspectos idiomáticos relacionados com a expressão “trabalho em regime de subcontratação”, com significados distintos, particularmente nos idiomas Inglês e Francês; b) o alcance da expressão difere segundo a legislação interna aplicável em cada país, ainda que possuam sistemas jurídicos similares. Referem também que grupo de empregadores com representação no Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho defendeu que o “trabalho em regime de subcontratação” não era tema adequado para a atividade normativa devido a variedade de enfoques nacionais e de modalidades na qual participam trabalhadores que não são empregados, e que a regulação seria uma ingerência nos contratos comerciais repercutindo de modo negativo na atividade econômica e na criação de empregos.

Uriarte e Colotuzzo observam que na atualidade os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados se caracterizam pelo predomínio de um vazio legal na matéria, ou seja, o tema da subcontratação não é objeto de lei específica e, por isso, o recurso a esse tipo de contratação permite a certas empresas eludir suas responsabilidades contratuais trabalhistas, bem como impedir a ação sindical dos trabalhadores. Essa ausência legal ocasiona graves prejuízos aos trabalhadores e sociedade em geral.

O quadro abaixo mostra a situação normativa de países da América Latina e Espanha quanto à responsabilidade adjudicada ao empregador que estabelece relações triangulares trabalhistas.

PAÍS	SITUAÇÃO NORMATIVA
Equador	O art. 19 da Lei Reformatória do Código de Trabalho (2006) estabelece a reforma solidária, dispondo que sem prejuízo da responsabilidade principal do obrigado direto, a pessoa em cujo proveito se realize a obra o preste o serviço ou presta o serviço será responsável solidária do cumprimento das obrigações trabalhistas ainda que o contrato de trabalho seja por intermediário.
Espanha	O art. 42, parte 2, do Estatuto dos Trabalhadores estabelece a responsabilidade solidária do empresário principal pelas obrigações trabalhistas contraído pelo contratado ou subcontratado, até um ano após o término do contrato de trabalho.

Argentina	A Lei 25.013/1998 estabelece a responsabilidade solidária do empresário principal frente aos contratados e subcontratados pelas obrigações trabalhistas e de seguridades social dos trabalhadores.
Brasil	A legislação brasileira é insatisfatória quanto a esse tema, porquanto suas lacunas e imprecisões permitem que a jurisprudência adote posicionamento demasiado restritivo e carente de base legal. Nada justifica no ordenamento brasileiro a mera aplicação do Enunciado 331 do TST. Na realidade a aplicação combinada dos dispositivos da CLT (arts. 2, 10, e 448 a 445) deveria conduzir a determinação da responsabilidade solidária de todos os beneficiados pela prestação de serviços.
Chile	O art. 183 D do Código Laboral estabelece um sistema que determina quando a empresa principal responde de forma subsidiária ou quando deverá fazê-lo de forma solidária. O legislador impõe ao dono da obra, para não responder solidariamente, que a dívida contraída pela empresa prestadora de serviços informe o montante e estado do cumprimento das obrigações trabalhistas e no caso de não cumprimento o dono da obra pode ter os valores devidos e pagar com ele os trabalhadores.
Colômbia	O art. 34 do Código Substantivo de Trabalho estabelece que o beneficiário do trabalho ou dono da obra é solidariamente responsável pelas obrigações dos subcontratados frente a seus trabalhadores, mesmo no caso de que contrata não estar autorizado para subcontratar.
Costa Rica	Não possui normas específicas e nem adequadas para tipificar nem regular relações triangulares ou multilaterais.
Guatemala	O art. 5º do Código do Trabalho estabelece a responsabilidade subsidiária.
México	A lei mexicana atribui alguns efeitos legais a partir da identificação do destino da produção da empresa subcontratada, e se produzirão consequências jurídico trabalhistas quando a empresa subcontratada destine certa quantidade de sua produção para outra empresa.
Nicarágua	O art. 9º do Código de Trabalho estabelece apenas o caráter de empregadores os contratados, subcontratados e demais empresas que contratem trabalhadores em benefício de terceiros, nada referindo sobre a responsabilidade.
Paraguai	O art. 25 do Código de Trabalho estabelece que todo intermediário declare sua qualidade e o nome do empregador por conta de quem atua, quando celebra seus contratos de trabalho. A omissão de tal requisito faz que o intermediário responda solidariamente ao empregador das obrigações legais e contratuais pertinentes.
Peru	O art. 24 da Lei 27.626 estabelece que as entidades dedicadas à intermediação de mão de obra, quando realizam contratos, devem apresentar fiança que garante as obrigações trabalhistas e de seguridade social dos trabalhadores contratados. Assim mesmo o art. 25 consagra mecanismo de responsabilidade

	solidária da empresa usuária quanto aos direitos trabalhistas de origem legal ou coletivo, caso a fiança outorgada não seja suficiente para o pagamento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores que prestam serviços em regime de intermediação pelo tempo que trabalhem na empresa usuária de mão de obra terceirizada. O art. 9º da Lei 29.245 estabelece a responsabilidade solidária da empresa principal pelas obrigações trabalhistas e de seguridade social no caso de contratação para a realização de obras e serviços até um ano após a despedida do trabalhador.
Uruguai	Em 2007 entrou em vigência a Lei 18.099 estabelecendo que todo patrão ou empresário que utilize subcontratados, intermediários e fornecedores de mão de obra, será responsável solidário pelas obrigações trabalhistas dos trabalhadores, bem como o pagamento das contribuições da seguridade social. A administração pública que utilizar essa prestação de serviços será igualmente responsável solidária.
Venezuela	O art. 54 da Lei Orgânica do Trabalho estabelece a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas pelas empresas que utilizam intermediários de mão de obra.

Fonte: Texto "Descentralização, terceirização, subcontratação", de Oscar Ermida Uriarte e Natalia Colotuzzo
Disponível em:
http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf

A globalização, as mudanças tecnológicas, e a imposição do neoliberalismo produziram modificações nas estruturas das empresas e, em contrapartida, a desproteção dos trabalhadores em geral e para algumas categorias em particular.

A necessidade de adaptar as estratégias de gestão empresarial a um contexto cada vez mais instável e competitivo propicia a adoção de nova forma de organização da produção baseada na segmentação dos processos de produção e a colaboração entre empresas a princípio ou aparentemente independentes. Para os trabalhadores isso é inconveniente, porque fulmina o sentimento de pertencimento a uma mesma ou setor de atividade econômica, o que também condiciona a aplicação de determinadas normas de proteção próprias desse setor e não outras. Como enfrentar essa prática que torna os trabalhadores sem proteção? Segundo Uriarte e Colotuzzo as soluções possíveis se orientam em quatro direções: a) a recomposição dogmática da noção de empregador, adequada as novas realidades geradas pelas transformações dos processos produtivos e das formas de organização empresarial; b) impondo-se a responsabilidade solidária a toda empresa ou

empresário que terceirize; c) impondo-se o princípio da igualdade de direitos entre trabalhadores terceirizados ou não; d) estendendo-se as instituições básicas do Direito do Trabalho a toda prestação de trabalho, seja subordinado ou autônomo.

De acordo com o demonstrativo acima, a imensa maioria dos países da América Latina e Espanha determinam legalmente a responsabilidade solidária entre as empresas que terceirizam ou subcontratam prestadoras ou intermediadoras de mão de obra para o pagamento das obrigações contratuais trabalhistas e de seguridade social. No caso brasileiro, inexistente lei determinando essa responsabilidade e, o mais grave, a Justiça do Trabalho, especializada em matéria trabalhista, por meio de mera jurisprudência reconhece tão somente a responsabilidade subsidiária entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora, intermediadora de mão de obra. Trata-se realmente de entendimento restrito e carente de fundamento legal.

3.4. Efeitos da terceirização nos contratos de trabalho.

Como visto as novas formas de organização da produção da qual a terceirização de serviços é expressão importa em alteração típica fundamental da relação de emprego, de bilateral para uma relação trilateral. Essa mudança na essência da relação causa efeitos nocivos aos direitos dos trabalhadores, fundamentados na relação direta entre trabalhadores e empregadores. Conseqüentemente, a lógica empresarial é de propugnar pela revisão do conjunto de direitos dos trabalhadores, historicamente conquistados, sob o argumento de adaptação à nova realidade. Ao mesmo tempo em que a relação de emprego típica é descaracterizada com a precarização das condições de trabalho e de direitos dos trabalhadores “permanentes” da relação típica de trabalho, os trabalhadores terceirizados não detêm nenhuma proteção ou, quando muito, proteção insuficiente que não garante a dignidade de sua condição de trabalhador. Muitos trabalhadores terceirizados foram forçados a mudar a sua condição de trabalhador de uma relação bilateral (trabalhador-empregador) para uma relação trilateral (trabalhador-terceiro-empregador), na prática expulsos do âmbito da proteção próprio do Direito do Trabalho, separando juridicamente o trabalhador de quem realmente emprega a sua força de trabalho. As distorções decorrentes dessa base de relação de trabalho

resultam na profusão de cooperativas de trabalho, do aumento do número de trabalhadores autônomos e de empresa individual (pessoa jurídica) para serem reempregadas nesse novo esquema de produção, criando limites legais à localização do trabalhador foram do âmbito da aplicação da legislação trabalhista.

Assim, estabelece-se círculo vicioso de rebaixamento geral das condições de trabalho clivado pelos trabalhadores terceirizados e não terceirizados, na qual trabalhadores terceirizados lutam para conquistar algum direito e os trabalhadores não terceirizados tentam resistir contra a piora das condições de trabalho. O resultado final disso é a precarização geral das condições de trabalho, quanto ao emprego e remuneração, da rotatividade, da saúde, seguridade e higiene, dentre outras.

No caso brasileiro, apesar da estabilização monetária de 1994 não houve o crescimento sustentado da economia provavelmente pela sobrevalorização do real, juros elevados, inserção no mercado mundial de modo subordinado e passivo, com produção de bens e serviços de baixo valor agregado e tecnológico e da desindustrialização.

O Estado também sofreu mudanças fundamentais no seu papel devido as privatizações em massa das empresas estatais e da desregulamentação. Soma-se a isso a elevação da dívida pública, em que pese a privatização do parque produtivo nacional, e o elevado custo do seu financiamento, com taxas de juros muito altas. Dessa situação decorreram ajustes fiscais com a elevação da carga tributária sobre os mais pobres, a realização de contingenciamentos dos gastos com a estrutura do Estado (superávit primário), deteriorando os serviços públicos prestados pelo Estado em benefício dos mais pobres do país, bem como diminuindo a capacidade de investimento para um crescimento econômico com oferta de emprego. Nesse quadro, a terceirização foi utilizada mais como recurso defensivo, combinada com o abandono de linhas de produtos, fechamento de firmas, fusões e transferências de controle acionário e redução da mão de obra. Pochmann⁸⁴ demonstra que se chegou a uma taxa de desemprego ampliada na ordem de

⁸⁴ Pochmann constata que “Até então, o Brasil não havia conhecido uma gravidade tão expressiva como o desemprego aberto atingindo um a cada dez trabalhadores. Se considerar a dimensão do desemprego enquanto pressão da oferta de mão-de-obra demandando postos de trabalho chega-se a uma taxa de desemprego ampliada de quase 20% do total da População Economicamente Ativa”.

20% do tal da População Economicamente Ativa (PEA). Resultou disso a deterioração geral das condições de trabalho, dado o aumento do número de contratos por tempo determinado, tempo parcial e trabalho autônomo, gerando grande excedente de oferta de mão de obra. Soma-se a isso a alta rotatividade da força de trabalho, remuneração restrita, longa da jornada de trabalho, autoritarismo patronal, restrição da organização por local de trabalho e polarização a menor parcela de trabalhadores qualificados e uma maior parte de semiquualificados.

Segundo Pochmann a reestruturação produtiva se concentrou mais nos segmentos dinâmicos, tradicionalmente internacionalizados e pertencentes aos grupos de empresas líderes. Para a maior parte do setor produtivo, marginalizado das condições favoráveis de financiamento e acesso restrito a programas tecnológicos, prevaleceram estratégias empresariais de intensificação da exploração da mão de obra como meio de obtenção de ganhos adicionais de produtividade.

No caso brasileiro, a difusão da terceirização de serviços e conseqüentemente de mão de obra resultou em dois tipos distintos. O primeiro tipo diz respeito às atividades externas (secundárias) ao processo produtivo, é a chamada terceirização-base, concentrada na atividade-meio do processo de produção de bens e serviços. Então, a terceirização é das atividades em torno do processo produtivo, como por exemplo, as atividades de segurança, transporte, alimentação, manutenção, limpeza, asseio e conservação, dentre outros. O segundo tipo refere-se às atividades internas (primárias) do processo produtivo, a atividade-fim do processo de produção de bens e serviços, também chamada de superterceirização da mão de obra. As empresas desenvolvem atividades essenciais ao funcionamento da cadeia de produção, desenvolvendo atividades de produção, logística, organização, supervisão, gerência, dentre outros. A terceirização da atividade-fim exige patamar maior de investimentos tecnológicos e profissionais e a terceirização da atividade-meio vale-se da existência de oferta abundante de mão de obra, o que leva à precarização mais intensa das condições de trabalho.

Pochmann examina a situação geral do trabalho no Estado de São Paulo constata que no período de 1985 a 2005 a maior parte das ocupações geradas foi para o segmento dos trabalhadores desprotegidos da legislação

social e trabalhista. Essa massa de trabalhadores desprotegidos pressiona para algum tipo de proteção, ainda que mínima e em condições muito precárias. Demonstra igualmente, no que diz respeito a situação do trabalho terceirizado no Estado de São Paulo, que no período examinado de vinte anos houve geração de três milhões de emprego e desses 12,1% foi representado por ocupações geradas nos empreendimentos envolvidos com a terceirização. Quando divide a análise em período de tempo menor percebe-se que o conjunto das atividades terceirizadas cresceu de modo contínuo, e mais rapidamente a partir da segunda metade da década de 1990. Entre 1985 e 1990, os empregos terceirizados representaram somente 3,5% do total das vagas abertas em São Paulo. O número de trabalhadores formais em empresas terceirizadas cresceu de 60,5 mil para 424 mil entre 1985 a 2005. Por outro lado, a expansão de empresas de terceirização de mão de obra foi acelerada passando de 257 para 6.308 empreendimentos, mas o incremento da curva ocorreu a partir de 1994. A expansão das empresas foi em ritmo maior que a dos empregados terceirizados, tendo por resultado uma pulverização do número de empregados nas empresas, em que cada empresa de terceirização de mão de obra detinha em média 67 empregados contratados diretamente. Essa pulverização resulta também na dificuldade de organização dos trabalhadores, outros dos efeitos deletérios da terceirização. Também ganhou impulso a utilização de mão de obra de trabalhadores induzidos a se registrarem como pessoas jurídicas (PJs) para realizarem as mesmas atividades que anteriormente desenvolviam como empregados são empresas que não tem empregados, tão somente “o dono da empresa”, que é empregado na produção de bens e serviços, sem a proteção da legislação trabalhista. Em 2005 quase um terço das empresas de terceirização de mão de obra não possuíam empregados, enquanto em 1985 menos de cinco por cento dos empreendimentos eram de PJs, ou seja, em vinte anos o número de PJs aumentou 174 vezes.

Dessa análise infere-se que o incremento da terceirização no país não proporcionou a geração de novos postos de trabalho (um dos principais argumentos da classe empresarial à adoção da terceirização), houve tão somente a transferência da formalização dos contratos de trabalho da empresa que terceiriza para a empresa terceirizada. Infere-se igualmente que o emprego

da terceirização cresceu bastante a partir da flexibilização permissiva conferida pelo Enunciado 331 do TST, de 1993. Outro fator da expansão foi o plano real e suas contingências de altas taxas de juros, câmbio valorizado abertura comercial e financeira indiscriminada e sem mecanismo de compensação.

O setor público, por conta de medidas de restrição da despesa de pessoal (realização de concurso público para o preenchimento dos cargos) e a adoção de técnicas privadas de gestão de mão de obra nas empresas estatais, a privatização e a Lei de Responsabilidade Fiscal, sofreu forte impacto (em todas as esferas) da terceirização de mão de obra, transferindo gastos da estrutura ocupacional alocados com o pessoal para a rubrica de fornecedores de mão de obra.

A administração pública brasileira de todos os níveis, fundações, autarquias e estatais é a principal tomadora de serviços terceirizados de mão de obra, e dentro de um mesmo órgão ou empresa pública trabalham lado a lado empregados com regimes jurídicos diferentes ou se no mesmo regime da aplicação da legislação trabalhista, empregados da tomadora de serviços e empregados da prestadora (terceirizados), esses às vezes sem proteção.

A terceirização cliva dentro de uma mesma empresa, trabalhadores terceirizados e não terceirizados, cindindo a identidade de classe para a organização sindical por local de trabalho. Trabalhadores terceirizados têm condições e relações de trabalho inferiores às praticadas para os trabalhadores não terceirizados. O salário médio é menor, a rotatividade é maior, contratos de curto prazo e ausência de programas de qualificação profissional.

É claro que a terceirização de serviços e mão de obra é apenas dos aspectos das transformações sofridas no mundo do trabalho no Brasil com muita intensidade na década de 1990, tempo da hegemonia da política econômica neoliberal. Transformações essas calcadas nas políticas de reorganização da economia e da redefinição do papel do Estado em prejuízo aos direitos dos trabalhadores, com ampliação do poder do empregador de determinar as condições de trabalho. Se por um lado à década de 1980 pode se caracterizar pela luta do conjunto dos trabalhadores pela regulamentação de direitos, a década de 1990 foi a reação contrária, a da desconstituição dos direitos conquistados, caracterizados pelos inscritos no art. 7º da Constituição da República. Para os trabalhadores propunha-se a livre negociação e da

prevalência do negociado sobre o legislado, como modo de suplantar a legislação social ou ajustar as regras e normas da relação de emprego à realidade de cada empresa e às suas condições para competir no mercado. A Justiça do Trabalho enquanto instituição política adaptou-se a esses movimentos gerais das décadas de 1980 e 1990, ou seja, nos anos 80 fortaleceu-se como instituição, ampliando sua função de reafirmar os direitos dos trabalhadores e estabelecendo normas coletivas acima do padrão legal. Porém nos anos 90 muitas instâncias e magistrados trabalhistas adaptaram-se à nova ordem, essencialmente o TST que se posicionava de modo a fortalecer a lógica econômica liberal⁸⁵.

A terceirização é um dos modos do processo de flexibilização da legislação trabalhista e da debilitação das condições de trabalho, efeitos desejados pelo empresariado para a redução de custos e da dinâmica organizacional da empresa. Nesse sentido, entende o ex-presidente do TST, Francisco Fausto que **“a forma mais evidente de flexibilização da legislação trabalhista na jurisprudência do TST diz respeito à terceirização, que passou a ser admitida em atividades-meio. Foi essa a maneira que a mais alta corte trabalhista encontrou para compatibilizar o emprego com as necessidades mais prementes da moderna atividade”** (Apud KREIN: 2007, pp. 190).

Após o enunciado de súmula 331 do TST editado em 1993, apesar de não garantir a responsabilidade solidária do tomador de serviços com a empresa prestadora e intermediária de mão de obra restringiu a terceirização somente quanto à atividade meio e não da atividade fim, conforme tabela da

⁸⁵ José Dari Krein elenca decisões do TST de fragilização dos direitos dos trabalhadores observando: “Do ponto de vista coletivo, houve decisões na perspectiva da limitação do número dos dirigentes, sendo esta uma resolução de intervenção na vida sindical que contraria o princípio da liberdade sindical. Ao mesmo tempo, predominou um entendimento de que a contribuição assistencial e/ou confederativa só poderia ser descontada dos sócios, agora invocando o princípio da defesa da liberdade sindical, o que constitui uma contradição com a limitação do número de dirigentes. Na mesma perspectiva, predominou a visão do não reconhecimento do direito de negociação coletiva aos servidores públicos, apesar de estes terem o direito de sindicalização e de greve. Além disso, houve a consolidação de uma jurisprudência sobre greve abusiva, com multas pesadíssimas às entidades de trabalhadores. Portanto, a tendência desses entendimentos foi no sentido de fragilizar a organização e a mobilização dos trabalhadores, algo coadunado com a lógica política predominante nos anos 90”. Ainda, “A questão da terceirização é um exemplo paradigmático para se analisar a mudança da fisionomia da Justiça do Trabalho entre os anos 80 e 90. Até 1993, prevalecia o entendimento expresso no antigo Enunciado 256/1986 do TST, que praticamente proibia a terceirização. Em 1993, o TST editou a súmula 331, que viabiliza legalmente a prática da terceirização, colocando, no entanto, a questão da responsabilidade subsidiária como contrapartida para garantir algum cumprimento da legislação. Em síntese, reserva uma proteção mínima, mas legitima as práticas de terceirização em massa, como será discutido no Capítulo 2”.

terceirização no Brasil no período de 1994-2000, com incremento da sua utilização nos vários setores da economia.

Trabalhadores terceirizados no Brasil. 1994-2004

Setores	1994	2004	Variação %
Informática	110.208	191.768	74,00
Atividades Jurídicas, contábeis etc	242.673	287.092	18,30
Serviços de Arquitetura e Engenharia	43.164	117.836	172,99
Publicidade	25.510	50.107	96,42
Vigilância	210.712	354.498	68,23
Limpeza e Conservação	315.812	472.850	49,72
Aluguel de Transportes	11.336	19.306	70,30
Outros (*)	339.435	831.523	144,97
			Variação média
Total	1.298.850	2.327.731	86,86%

Fonte: Projeto Pesquisa CESIT/MTE, 2006. RAIS/MTE.

(*) Serviços de cobrança, decoração de vitrines, fotocópia, fotografia, despachantes, entre outros.

3.5. Perspectivas da terceirização no Brasil.

Desde 1993 a terceirização de serviços e mão de obra no Brasil tem por instrumento precário a Súmula 331 do TST, todavia não há lei específica de regulação da relação de trabalho do trabalhador terceirizado. Como já observado, a súmula 331 do TST possui aspecto positivo essencial de limitar a terceirização apenas na atividade meio.

Em 2004, o Deputado Sandro Mabel (PL/GO)⁸⁶ propôs ineditamente projeto de lei de regramento da terceirização, dispondo sobre contratos de prestação de serviços e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o

⁸⁶ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004

prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço. O projeto prevê a não configuração do vínculo de emprego entre a empresa contratante (tomadora de serviços) e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços (terceirizadas), qualquer que seja seu ramo; o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante; permite contratação sucessiva do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços para a mesma contratante de modo consecutivo; a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas, dentre outras disposições. Tem por um dos fundamentos relevantes **“As relações de trabalho na prestação de serviços a terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços e, assim, garantir os direitos dos trabalhadores”**. De fato, é importante que se tenha legislação para regular a terceirização de serviços e mão de obra, todavia é proposição que não protege o trabalhador, ao contrário o mantém como trabalhador de segunda linha, na medida em que estabelece a responsabilidade subsidiária e a terceirização da atividade fim. Essa proposta está aquém do conjunto da legislação de outros países que marcham na busca de maior proteção a seus trabalhadores.

Em 2007, o Deputado Vicentinho (PT/SP) apresentou o PL 1621/2007⁸⁷, o qual foi apensado ao PL 4330/2004, que dispõe sobre as relações de trabalho decorrentes da prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. O projeto estabelece os conceitos de terceirização, de tomadora e prestadora de serviços; proíbe a terceirização da atividade fim da empresa, assim como define essa atividade; estabelece o fornecimento de mão de obra para os casos de trabalho temporário, serviços de vigilância e asseio e conservação; e prevê a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato de prestação de serviços, inclusive nos casos de falência da prestadora. O projeto do Deputado Vicentinho teve

⁸⁷ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=483435&filename=PL+1621/2007

por subsídios proposições da Central única dos Trabalhadores – CUT, e se coaduna com a legislação internacional sobre a matéria, sendo exatamente o oposto ao PL do Deputado Sandro Mabel. Tem por um dos fundamentos que **“No Brasil, não existe uma legislação específica que regule a terceirização. A Súmula 331 do TST é hoje a principal referência jurídica no assunto. A referida Súmula estabelece que a contratação de mão-de-obra por empresa interposta é ilegal, à exceção do trabalho temporário, serviço de vigilância, conservação/limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora. Entretanto, cabe dizer que as decisões judiciais são contraditórias quanto à sua interpretação”**.

As principais centrais sindicais se mobilizam contra o PL do Deputado Sandro Mabel com o entendimento de que a segurança jurídica das empresas não deve significar insegurança social dos trabalhadores. Sustentam⁸⁸ que **“Nas últimas décadas, o crescimento descontrolado da terceirização, com o objetivo principal de reduzir custos das empresas, resultou em grande precarização das condições de trabalho, com aumento das situações de risco e do número de acidentes e doenças, devido ao desrespeito às normas de saúde e segurança, baixos níveis salariais, ampliação das jornadas de trabalho, crescimento da rotatividade e inadimplência de direitos trabalhistas. Além disso, os empregados terceirizados sofrem discriminações no local de trabalho, sendo tratados como trabalhadores de “segunda categoria”. E, ao contrário do que é amplamente divulgado pelos que são diretamente interessados, a terceirização não gera emprego nem garante a alocação de mão de obra especializada. Os resultados nefastos deste processo estão estampados nas estatísticas de sofrimento, adoecimento e morte”**.

Quanto a esses projetos existem importantes polêmicas como a abrangência da terceirização, responsabilidade solidária versus subsidiária, representação sindical e terceirização no serviço público.

O Deputado Arthur Maia (PMDB/BA) apresentou relatório ao PL4330/04 no qual defende o fim das expressões atividade-meio e atividade-fim para diferenciar o que pode ser objeto da terceirização, alegando que o objetivo é evitar que a empresa funcione apenas como intermediadora de mão de obra. O efeito prático é que qualquer atividade da empresa pode ser terceirizada, desde que a empresa contratada tenha por foga atividade específica.

⁸⁸ Carta aberta das centrais sindicais à sociedade contra o substitutivo ao PL 4330/2004 – Terceirização. Disponível em: <http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/migracao/carta-aberta-das-centrais-sindicais-sobre-o-pl-4330-1.pdf>

Para ilustrar:

Como é hoje		
	Setor privado	Setor público
Atividades que podem ser terceirizadas	Apenas atividade-meio	Apenas atividade-meio
Responsabilidade	Subsidiária	Só da terceirizada*

*O STF questiona súmula do TST que aplica responsabilidade subsidiária para o setor público. Por isso, os processos de responsabilidade do serviço público estão suspensos no TST desde março de 2012.

Polêmicas			
	Empresários	Sindicatos	Substitutivo da CCJ ao PL 4330/04
Atividades que podem ser terceirizadas	Todas as atividades	Apenas atividade-meio	Todas as atividades se a terceirizada for especializada.
Responsabilidade	Subsidiária	Solidária	Subsidiária (se a empresa fiscalizar) e solidária (se não fiscalizar)

Fonte: Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/446930-ABRANGENCIA-DA-TERCEIRIZACAO.html>

Quanto à responsabilidade solidária versus subsidiária, de acordo com o substitutivo do Deputado Arthur Maia (PMDB/BA) a empresa contratante será responsável subsidiária quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada. Isso será regra se a empresa contratante comprovar se realizou a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, caso contrário será solidariamente responsável.

Para ilustrar:



Polêmicas			
	Empresários	Sindicatos	Substituto da CCJ ao PL 4330/04
Atividades que podem ser terceirizadas	Todas as atividades	Apenas atividade-meio	Todas as atividades se a terceirizada for especializada.
Responsabilidade	Subsidiária	Solidária	Subsidiária (se a empresa fiscalizar) e solidária (se não fiscalizar)

Fonte: Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/446930-ABRANGENCIA-DA-TERCEIRIZACAO.html>

No que diz respeito à representação sindical o substitutivo prevê que os empregados terceirizados sejam regidos pelas normas coletivas estabelecidas entre a contratada e o sindicato dos terceirizados, As normas coletivas aplicáveis para os empregados da contratante não são aplicáveis. O efeito prático dessa norma é pulverizar a organização dos trabalhadores, desconstituir a identidade de classe, limitando a organização a uma ou poucas empresas, já clivada por dois tipos de trabalhadores, os terceirizados e os não terceirizados.

Por fim, em relação à terceirização no serviço público a proposta permite a contratação de terceirizados desde que não sejam atividades exclusivas de Estado, como regulamentação e fiscalização. Caso a

administração pública atrase sem justificativa o pagamento da terceirizada será considerada solidariamente pelas obrigações trabalhistas da contratada, com responsabilização também dos gestores do contrato que podem ser enquadrados como improbidade administrativa passíveis de demissão. Essa proposta amplia a responsabilidade do Estado e confere ônus demasiado.

A súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) prevê a responsabilidade subsidiária da administração pública, que só pode contratar terceirizado para atividades-meio. Desde março de 2012, o TST suspendeu o julgamento de processos trabalhistas que tratam da responsabilidade do serviço público, porquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, em 2010, que a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) não permite que a Administração Pública seja responsabilizada pelo não pagamento de obrigações trabalhistas pela terceirizada. A decisão ainda não é definitiva e está em análise recurso no Supremo de um processo trabalhista que deve ter repercussão geral sobre a questão, pela ministra Rosa Weber.

3.6. Conclusão.

Neste capítulo, examina-se o fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra, conjuntura, conceitos, normas, efeitos nas relações de trabalho e perspectivas no Brasil. A terceirização, além de uma maneira de realocação de mão de obra para produção de bens e serviços gera efeitos deletérios nas relações de trabalho, principalmente porque desloca contingente de mão de obra para outra relação, não mais a típico empregador e empregado, e sim uma relação a que se interpõe uma terceira parte, um intermediador de mão de obra, chamada de empresa prestadora de serviços ou simplesmente terceirizada.

No caso brasileiro, a adoção como modo de organização empresarial com vistas à diminuição dos custos de produção, principalmente os salários, gerou nova categoria de trabalhadores chamados de “terceirizados”, cujas condições de trabalho são piores a do que dos trabalhadores não terceirizados. A legislação de proteção, de fonte estatal ou normas coletivas, é débil. A par desses alertas e debates abertos na sociedade por meio de organizações de trabalhadores e os próprios empresários quanto à precarização das condições de trabalho, o TST, que deveria ser lócus de

reconhecimento de direitos trabalhistas e contra a diminuição de direitos dos trabalhadores, edita a súmula 331, que introduz a responsabilidade subsidiária tomador de serviços em relação à prestadora de serviços (terceirizada), num movimento contrário a legislação dos países da América Latina sobre a matéria que na sua imensa maioria estabelecem a responsabilidade solidária. É verdade que a referida súmula também limitou a terceirização na atividade meio, o que é positivo do ponto de vista dos trabalhadores.

A proposição deste trabalho é de o Poder Judiciário legislar, e nesse caso da terceirização de serviços e mão de obra isso resta evidente na Justiça do Trabalho, uma vez que uma súmula do TST regulamenta desde 1993 a terceirização na ausência de disposição legal sobre o tema. Impressiona que a terceirização produtora de uma piora das condições gerais dos trabalhadores brasileiros tenha sido “regulamentada” por uma instituição judicial (a Justiça do Trabalho, que deveria ser o lócus de reconhecimento dos direitos dos trabalhadores) que estabeleceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços na contramão da maior parte da legislação latino-americana.

Por fim, no próximo capítulo examinaremos amiúde o papel que a Justiça do Trabalho está a cumprir nesse caso, mas de antemão registre-se que para o bem do sistema de governo e do processo contínuo de construção da democracia, o Judiciário não deve ampliar como é o caso da terceirização, a função da súmula. Nesse sentido, ainda que a proposta de projeto de lei de regulamentação da terceirização esteja aquém da súmula no que diz respeito a ser permitido somente na atividade-meio, esse deve ser o procedimento em que a mobilização de setores importantes do conjunto da sociedade irá definir os parâmetros da regulamentação da terceirização no país.

Capítulo 4 – A Justiça do Trabalho e a sua jurisprudência.

4.1. Introdução. 4.2. A Justiça do Trabalho e o seu poder normativo. 4.3. A terceirização de serviços e de mão de obra e o Enunciado de súmula 331 do TST.

4.1. Introdução

Busca-se neste capítulo examinar as peculiaridades da Justiça do Trabalho, espaço à resolução pelo Estado dos conflitos coletivos e individuais entre trabalhadores e empregadores e seus sindicatos de classe. Por isso se revestem de importância os enunciados da Súmula de jurisprudência dominante do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho. No caso, objeto desta pesquisa, trata-se do enunciado da Súmula n. 331 do TST que na prática tornou “legal” a terceirização de serviços e mão de obra, apesar da ausência de lei que a regulamente.

A Justiça do Trabalho surge da dinâmica da construção da política social de produção e a criação de leis para regulamentar o mercado de trabalho capitaneado pelo Estado brasileiro na década de 1930. Todavia, essa legislação de proteção foi conquistada pelo conjunto dos trabalhadores e suas renhidas lutas e demandas de direitos trabalhistas (questão social, muitas vezes tratada como se fosse mero caso de polícia), contrariamente à “ideologia de outorga”⁸⁹ que expressava que os direitos sociais foram concedidos como presente outorgado pelo Estado.⁹⁰ A realidade é outra, o Estado passa a reconhecer o problema da questão social, como uma questão política, isto é, a necessidade da intermediação do Estado. Assim, emerge a Justiça do Trabalho como ingrediente de um Estado integrado e integrante da sociedade.

Nos primeiros anos a Justiça do Trabalho era alcunhada de “justicinha”, porque, tal como previa a Constituição de 1937, era órgão administrativo vinculado ao Ministério do Trabalho que poderia avocar para si

⁸⁹ Rinaldo José Varussa no seu livro *Trabalhadores e a Construção da Justiça do Trabalho no Brasil* (décadas de 1940 a 1960), Ed. LTr, São Paulo, 2012, explica na nota 37 que “O termo ‘ideologia da outorga’ foi usado por Luis Werneck Vianna para denominar interpretações que estabelecem uma ‘supressão da memória das classes subalternas’, dando-lhes ares de ‘impotentes e incapazes de reivindicar seus direitos elementares por si sós’”.

⁹⁰ Angela de Castro Gomes explica que para essa “ideologia de outorga” “A classe trabalhadora, mesmo antes de demandar, teria sido atendida por uma autoridade benevolente, cuja imagem mais recorrente é a da autoridade paternal”.

qualquer processo em que – a Justiça do Trabalho – houvesse se manifestado. Essa justiça especializada adquire status de órgão judicial com o Decreto 6.596/40, mesmo que ainda vinculada ao Ministério do Trabalho, com membros nomeados diretamente pelo Presidente da República e, a partir da Constituição de 1946 passa a integrar formalmente a estrutura e o sistema do Poder Judiciário.

Destaca-se a peculiaridade da Justiça do Trabalho, justiça especial e espaço de lutas e disputas em torno de modelos diferentes de sociedades e de institucionalização das relações capital e trabalho no Brasil. Assim, desde o seu início a Justiça do Trabalho se caracterizou por esse espaço de lutas, de compulsoriamente judicializar os amplos conflitos da relação capital e trabalho, conformando os embates de forças políticas capazes de conformar a sociedade e decorrentemente a política do Estado e seus vieses. Nesse sentido, observa Heloisa de Faria Cruz⁹¹ que a Justiça do Trabalho desde a sua constituição opôs projetos, disputas, conflitos e negociações e essas são suas referências.

Outra questão relevante e que diz respeito ao tolhimento do trabalhador enquanto ator relevante na definição das condições de trabalho é o disseminado esquema ideológico da “tutela do hipossuficiente”. Na gênese e para fundamentar a criação da Justiça do Trabalho argumentava-se a necessidade de se conter o ímpeto e as reações primitivas dos trabalhadores de resolução de seus conflitos utilizando-se da greve e resistência ao *lockout*, forjando-se assim a imagem de fraqueza e primitivismo do trabalhador frente aos seus instintos e daí a necessidade de sua tutela pelo Estado. Observa Varussa⁹² que **“se era reconhecida uma legitimidade nas reivindicações dos trabalhadores, esta também precisava ser mudada, assumindo outra perspectiva que**

⁹¹ A professora Heloisa de Faria Cruz na apresentação do livro de Rinaldo José Varussa observa que “de tempos em tempos, o ‘mercado’ e o sistema político retomam a discussão e as propostas sobre os supostos altos custos do trabalho e sobre a necessidade da reforma trabalhista. Propostas de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, chamados de direitos sociais, de diminuição do ‘custo Brasil’ via modernização das relações de trabalho apontam o teor das propostas que pretendem anunciar o fim da ‘era Vargas’ no país. Tais formulações, na maioria das vezes, omitindo o fato de que também no Brasil a implantação da Justiça do Trabalho em 1941, assim como a Consolidação da Legislação Trabalhista em 1943, sucedem a um longo processo de lutas e conquistas de direitos por parte dos trabalhadores, clamam pela extinção do que denominam arcabouço legal atrasado e conservador herdado da era Vargas.”

⁹² Varussa explica a “tutela do hipossuficiente” como “desdobramento de uma intervenção da classe governante que buscava firmar-se, nos debates, como sendo oposta a outras propostas que ‘corrompiam’ o trabalhador, ao mesmo tempo em que alinhavava alianças entre diferentes grupos sociais”.

incorporasse as prerrogativas do oponente, ou seja, aprender a conciliar”. Portanto, tutelar o trabalhador para que aprendesse a negociar e conciliar seus pretensos direitos. Esse elemento latente surgiu com vigor a partir do processo de democratização do país e da Constituição que conferiu novas atribuições ao Ministério Público e ao Judiciário. Esses se autodefiniram responsáveis pela tutela do hipossuficiente e intérpretes legítimos dos direitos dos trabalhadores. Talvez, por isso, essas instituições judiciais dificultem tanto o exercício do direito de greve dos trabalhadores, e a Justiça do Trabalho tenha editado súmula permitindo a terceirização de serviços e mão de obra nas atividades meio da produção de bens e serviços com responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços.

Uma particularidade essencial da Justiça do Trabalho que remonta a sua gênese é o poder normativo, ou seja, o poder dessa justiça de criar normas e condições de trabalho decorrentes de dissídios coletivos.

4.2. A Justiça do Trabalho e o seu poder normativo.

A Justiça do Trabalho é instituição nacionalmente organizada, com pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal. São órgãos da Justiça do Trabalho: o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. As Varas do Trabalho são criadas por lei e nas comarcas em que não estiverem instituídas é atribuída sua jurisdição trabalhista aos juízes de direito, conforme estatuído no artigo 112 da Constituição da República de 1988. A sua função é resolver os conflitos de interesses entre trabalhadores e empregadores, individuais ou coletivos, resultantes da relação de trabalho, todavia não possui competência para decidir sobre conflitos decorrentes da relação de trabalho entre servidores públicos regidos por estatuto próprio e a administração.

A legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho resultam de um longo processo de lutas e de reivindicações operárias, iniciadas no século XIX. São exemplos, de normas constitucionais de proteção ao trabalhador as Constituições do México de 1917 e a da Alemanha (Weimar) de 1919. O Tratado de Versalhes de 1919 deu origem a Organização Internacional do Trabalho – OIT, importante passo da humanidade ao reconhecimento dos direitos dos trabalhadores. A OIT produz normas trabalhistas e as edita por

meio de resoluções as quais aderem os países signatários. Diversos países mantêm estruturas e órgãos especializados para resolução de conflitos trabalhistas e de reconhecimento de direitos dos trabalhadores, a exemplo da Alemanha, Áustria, Brasil, Costa Rica, Espanha, França, Uruguai, dentre outros.

No caso brasileiro, as primeiras normas trabalhistas surgiram no final do século XIX, como, por exemplo, o Decreto nº 1.313/1891 que regulamentou o trabalho dos menores de 12 a 18 anos. O Conselho Nacional do Trabalho, criado em 30 de abril de 1923, constituía-se em órgão consultivo dos poderes públicos em matéria trabalhista e previdenciária. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (ou Ministério da Revolução) foi criado em 1930, tendo como seu primeiro titular Lindolfo Collor, e ainda em 1930, promulgada “Lei dos Dois Terços”, que visava à nacionalização do trabalho e restringia a possibilidade de admissão de estrangeiros em empresas brasileiras, na proporção fixada na lei. Em 1932, foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento destinadas à solução das contendas trabalhistas. As primeiras tinham por função resolver divergências coletivas entre as categorias profissionais e econômicas. Não eram órgãos de julgamento e sim de conciliação, de caráter administrativo, mas com poder de impor solução às partes, instância única, todavia com a possibilidade da ação ser avocada pelo Ministério do Trabalho para exame. As decisões não poderiam ser executadas pelo órgão que proferiu a decisão, mas pela Justiça Comum, que também poderia rediscutir a matéria. As segundas tinham por ofício resolver as controvérsias individuais de trabalho.

A Justiça do Trabalho debutou como matéria constitucional na Constituição de 1934. O artigo 122, inserido no Título IV – Da Ordem Econômica e Social – estava assim redigido: “***Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidos pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV, do Título I***”. Essa exceção declarava que a justiça criada não se integrava à estrutura do Poder Judiciário. O parágrafo único desse artigo estabelecia a constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação e deveria obedecer, sempre, o princípio da “***eleição de seus membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pela dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação***”.

do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual". Contudo, a Justiça do Trabalho não foi instalada no período de vigência da Constituição de 1934, porque dependia de lei ordinária dispendo sobre sua organização, e essa não foi promulgada.

A Constituição de 1937 previu a criação da Justiça do Trabalho no Título – Da Ordem Econômica - no artigo 139, com a seguinte redação: "***Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, regulados na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativos à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum. A greve e o 'lockout' são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional***". A Justiça do Trabalho permaneceu no âmbito administrativo do Poder Executivo para o controle das relações entre capital e trabalho, e posteriormente, por intermédio de lei ordinária, criou-se a Justiça do Trabalho, em 1º de maio de 1939, e declarada instalada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 1º de maio de 1941. Ficou estruturada em três instâncias: as Juntas de Conciliação e Julgamento, os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho. No dia 02 de maio, começaram a funcionar os seis Conselhos Regionais, que corresponderiam na atualidade, com os Tribunais Regionais.

A Justiça do Trabalho passa a integrar a estrutura do Poder Judiciário com a Constituição de 1946, conforme estava estatuído no artigo 94. Na Seção VI – Dos Juízes e Tribunais do Trabalho – o artigo 122 estabelecia: "***Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes: I – Tribunal Superior do Trabalho; II – Tribunais Regionais do Trabalho; III – Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento***". A competência foi tratada no artigo 123, que dizia: "***Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas das relações de trabalho regidas por legislação especial***". O poder normativo seria conferido pela lei, conforme rezava o § 2º do artigo 123, redigido nos seguintes termos: "***A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho***". Esse parágrafo confere natureza especial à Justiça do Trabalho, porque, ainda que dependente de lei que especificasse quais decisões poderiam estabelecer normas e condições de trabalho, possibilitou a um órgão do judicial o poder por

meio de suas próprias decisões de estabelecer normas e condições de trabalho gerais.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 01/69 estabeleceram no seu art. 112, a Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário. A de 1967, art. 142, determinou a competência com a seguinte redação: “**Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias**”. A de 1969, também no art. 142, apresenta a seguinte redação: “**Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas das relações de trabalho**” Como se vê, a parte final desse artigo conferiu maior precisão para a competência da Justiça do Trabalho estatuidando que as “*outras controvérsias*” são as oriundas das relações de trabalho. Contudo, em ambas, o poder normativo a exemplo da Constituição de 1946, também era dependente de lei ordinária para poder existir e no § 1º do art. 142 fixavam que: “**A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho**”. Essas Constituições estabeleceram a possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF) nas hipóteses em que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho contrariar a Constituição. Além disso, foram constitucionalizados direitos trabalhistas como, por exemplo, o salário-família aos dependentes do trabalhador, a proibição de diferenças de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil, a participação nos lucros das empresas, a auto-aplicabilidade do direito ao descanso semanal remunerado, a idade mínima de 12 anos para o trabalho, com proibição de trabalho noturno, o direito ao descanso à gestante sem prejuízo do emprego e salário, a estabilidade no emprego ou fundo de garantia equivalente, dentre outros direitos. Observa-se que essa Constituição reflete processo de constitucionalização de direitos destinados ao trabalhador verificados nas constituições dos países europeus com modelos de Estado de Bem-Estar do pós-guerra, e teve, no caso brasileiro, seguimento com a Constituição de 1988.

Na Constituição da República de 1988, a competência da Justiça do Trabalho está prevista no artigo 114 e o poder normativo no seu § 2º, independentemente de lei ordinária.

Estabelece, que trabalhadores e empregadores, através de seus sindicatos, na recusa à negociação ou à arbitragem, podem ajuizar dissídio coletivo e, neste caso, a Justiça do Trabalho pode criar normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção do trabalho. Para a atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho é necessária à recusa das partes à negociação e à arbitragem, atuando a Justiça do Trabalho supletivamente.

Sobressai-se que esse poder de criar normas e condições de trabalho, tendo por base o mínimo estabelecido em lei, é chamado de poder normativo ordinário. Esse é próprio da soberania do Estado de declarar o direito, em matéria de normas especiais do trabalho e é extraordinariamente exercido pelas entidades sindicais representativas de trabalhadores em conjunto com os empregadores ou seus respectivos sindicatos e à Justiça do Trabalho⁹³. Para Fernando Teixeira da Silva⁹⁴ o poder normativo da Justiça do Trabalho é a capacidade que esta instituição detém de, nas suas decisões para resolver os conflitos coletivos, elaborar novas normas trabalhistas.

A ideia da Justiça do Trabalho era a de conciliação de interesses coletivos entre empregados e empregadores, especificamente, por isso a atribuição do poder normativo para resolver os conflitos de cada categoria profissional e econômica, o que seria quase impossível se cada conflito desses dependesse de lei. Assim, não é novidade no âmbito das relações de trabalho os tribunais deterem poder normativo, ou seja, uma quase atividade legislativa.

O que é dissídio coletivo? É o conflito de interesses – coletivos - qualificado por uma pretensão resistida; controvérsia entre pessoas jurídicas, no caso os sindicatos que representam os interesses dos empregados ou trabalhadores (categorias profissionais) e empregadores ou empresários (categorias econômicas). A pretensão resistida caracteriza-se pela recusa à

⁹³ GRILLO, Umberto. Eficácia no tempo das condições estipuladas nos acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas *in* Relações Coletivas de Trabalho – Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind – Coordenador João de Lima Teixeira Filho, Ed. LTr 1989, p. 396.

⁹⁴ Fernando Teixeira da Silva observa, “o poder dessa Justiça especial e autônoma em decorrência de dissídios coletivos, em geral acionados uma vez por ano por empregados e/ou empregadores. Vale dizer que a Justiça do Trabalho foi criada com o objetivo de desempenhar função eminentemente conciliatória, mas, quando as partes não conseguem firmar acordo, os juízes definem os termos das cláusulas do dissídio, configurando uma arbitragem compulsória do conflito de classes. Assim, baldados todos os esforços de conciliação entre trabalhadores e patrões, os tribunais fixam a sentença, estão exercendo o poder normativo”, *in* A Justiça do Trabalho e sua História, artigo de Fernando Teixeira da Silva “Entre o acordo e o acórdão: a Justiça do Trabalho paulista na antevéspera do golpe de 1964”, pp. 203-261.

negociação ou exaurida esta, a ausência de entendimento entre as partes, capaz de constituir normas e condições de trabalho de comum acordo. É pressuposto do dissídio coletivo que os trabalhadores e os empregadores tentem realizar negociação e a conciliação, ou seja, busquem a autocomposição dos seus interesses. Se da negociação resultar conciliação será formalizado acordo coletivo (entre sindicato profissional e empresa ou empresas) ou convenção coletiva (acordo entre os sindicatos que representam as categorias profissional e econômica). Vencidas estas fases, sem solução, a Justiça do Trabalho proferirá decisão pondo fim à controvérsia. No caso de greve, em que haja risco ao interesse da comunidade, o Ministério Público do Trabalho⁹⁵ está legitimado para propor ação declaratória de abusividade do movimento grevista. Ressalta-se, que no Tribunal do Trabalho a conciliação é sempre tentada, ou seja, esgotadas as possibilidades ou espaços para a negociação direta entre as partes cria-se no âmbito do tribunal um espaço para a conciliação visando acordo entre as partes.

Na década de 1990, o governo federal, submeteu-se às imposições feitas pelos organismos internacionais (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, dentre outros organismos multilaterais), empresas transnacionais, financistas e empresários, em geral, à adoção dos princípios da política econômica neoliberal, caracterizada pela consigna “Estado mínimo”, colocou a Justiça do Trabalho e seu poder normativo como um problema crítico a ser resolvido, na medida em que consideram ser inadmissível a intervenção do Estado nas relações de trabalho. Percebiam que a intervenção do Estado tendia a ser favorável ao trabalhador, ameaçando elevar o custo do trabalho em detrimento do crescimento da taxa de lucro.

Por isso a Justiça do Trabalho tornou-se empecilho à realização dessa agenda política econômica que desconsiderava os direitos dos trabalhadores, porque criada justamente para conhecer toda e qualquer espécie de conflito de trabalho, individual ou coletivo entre empregado e empregador, e essa possibilidade de criar normas e condições de trabalho a partir de um padrão mínimo estabelecido na Constituição era contrária às

⁹⁵ Artigo 8º da Lei nº 7.783/89, *verbis*: “Art. 8º A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão”.

pretensões de um mercado de trabalho sem peias e conformado aos ditames da demanda e produção de bens e serviços. Assim, a Justiça do Trabalho entendida como locus compulsório à solução dos conflitos decorrentes das relações de trabalho, com capacidade para, além de processar e julgar os direitos trabalhistas, estabelecer novos direitos, mostrou-se empecilho à realização plena das políticas econômicas do Governo Federal na década de 1990 voltadas para o mercado. Precisamente esse poder de estabelecer novas normas trabalhistas, além da lei, - poder normativo - que qualifica a Justiça do Trabalho, como especial, com funções similares ao Poder Legislativo, porque tem a capacidade de criar normas trabalhistas, e ao Poder Executivo, quando executa suas próprias decisões. Trata-se, de fato, do poder (possibilidade) do Estado de intervir, a favor dos trabalhadores, nas relações de trabalho.

A quebra das bolsas no final dos anos 1920, e a Revolução de 1930 no Brasil, gerou a necessidade do Estado induzir a criação de um mercado de consumo interno decorrente do desenvolvimento nacional da indústria de produção de bens e serviços, e esse fato conjuntural marcou profundamente a história da Justiça do Trabalho, que se traduz em um pacto social de troca de obediência política pelos benefícios de uma legislação social⁹⁶. Mas, isso não quer dizer simplesmente que a classe trabalhadora brasileira foi cooptada porque é incontroverso que sempre lutou arduamente pela conquista da regulamentação do mercado de trabalho no Brasil, ou seja, realizou “*um cálculo de custos e benefícios cuja lógica é predominantemente material e individual*”⁹⁷. Por conseguinte, a Justiça do Trabalho enquanto órgão integrante do Poder Judiciário antes de ser uma peculiaridade restrita ao campo jurídico é um fenômeno político, tendo por substrato material o movimento e as lutas dos trabalhadores brasileiros, do final do século XIX e início do século XX, e parte essencial de um projeto de desenvolvimento nacional.

A Justiça do Trabalho foi criada não como dádiva do Estado aos trabalhadores urbanos, mas sim como forma de controle dos movimentos e conflitos coletivos de trabalho que estavam se acumulando por conta da

⁹⁶ GOMES, Ângela de Castro. A Invenção do Trabalhismo. Editora Revista dos Tribunais; Rio de Janeiro, IUPERJ, 1988, pp. 192/193.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

ortodoxia liberal vigente antes de 1930. Nesse sentido, a Justiça do Trabalho representou um grande avanço no reconhecimento dos direitos trabalhistas e uma expressão da luta dos trabalhadores por direitos de cidadania. Com a criação da Justiça do Trabalho o Brasil se colocou em posição de paridade com outros países do mundo, no reconhecimento e aplicação de uma legislação social. A superação do princípio da igualdade formal estabelecida no contrato pelo reconhecimento da desigualdade real das condições de vida dos trabalhadores foi importante conquista, aproximando o Brasil de um tipo de Estado de bem-estar social. Portanto, essa justiça tem a função precípua de aplicar a legislação trabalhista e reparar eventuais lesões ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, com suas duas dimensões: a do direito individual e a do direito coletivo. Não existem grandes discussões sobre a dimensão do direito individual do trabalho, e as grandes controvérsias extrapolam a figura individual do trabalhador e, por isso, a importância do poder normativo da Justiça do Trabalho inserto no terreno do Direito Coletivo do Trabalho.

Conforme referido antes, o poder normativo da Justiça do Trabalho funciona quando inviabilizada a negociação coletiva direta entre patrões e empregados, na estipulação de novas condições de trabalho, principalmente a majoração salarial, que proferindo uma decisão de natureza normativa que regulará as relações de trabalho entre as duas partes. Assim, são estipuladas pelo Estado (Justiça do Trabalho) condições de trabalho compatíveis com as vicissitudes da conjuntura econômica e social, como se fosse lei.

Campos Batalha⁹⁸, diz que o enfoque inicial do problema da Justiça do Trabalho no Brasil deu-se no ensejo de sua organização, como órgão não integrante do Poder Judiciário, mas ao qual se pretendia atribuir funções nitidamente jurisdicionais. O debate inicial focava o caráter genérico e abstrato da sentença normativa, fixando regras para o futuro, novidade à manifestação de órgão jurisdicional à época, porque, na tradição republicana, o juiz estava limitado ao pronunciamento do direito apenas *in specie* e *inter partes*. Referindo-se a memorável polêmica entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira, diz que ela contribuiu para o esclarecimento da matéria.

⁹⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, volume I, Ed. LTr, 3ª edição, 1995, pp.239-241.

Diz que, Oliveira Vianna salientava que os conflitos coletivos de trabalho podiam interessar a toda uma categoria profissional e, até mesmo, categorias conexas, dentro de um mesmo ciclo de produção, mas também interessar somente um determinado grupo de trabalhadores de uma empresa, de uma fábrica ou um estabelecimento. Assim, desde que um conflito interesse a um grupo de trabalhadores, representando uma comunidade definida de interesses e não apenas a soma material de indivíduos, o conflito será coletivo e, nesta hipótese, a sentença (normativa) do juiz do trabalho, ao decidir os conflitos coletivos, decidia também para os casos futuros envolvendo, na sua disposição, outros interessados, que, no entanto, não participaram do litígio, tampouco foi parte na ação. A decisão, neste caso, tem caráter constitutivo e não declarativo, não se aplicando o princípio jurídico-processual da não modificação da coisa julgada.

Por outro lado, observava Waldemar Ferreira que a Justiça do Trabalho não tinha uma função nitidamente jurisdicional, não podendo modificar os contratos de trabalho, individuais e coletivos, estabelecendo normas gerais sobre eles, e isso era competência, privativa do Poder Legislativo, como estava inscrito no artigo 5º, XIX, *i*, e no artigo 39, VIII, *e*, daquela Carta Política (Constituição de 1934). Waldemar Ferreira ponderava: ***“que, entretanto, possa a lei delegar-lhe (ao juiz do trabalho) função nitidamente legislativa de modo a poder ditar normas extensivas a outras pessoas, estranhas à lide, e, mesmo, ao conjunto de pessoas constituintes de certa categoria profissional, não é coisa que se não possa admitir no regime político em vigor. Entre os princípios constitucionais dominantes está o da delegação de poderes legislativos a órgãos administrativos e, até, a órgãos não estatais, a pessoas jurídicas de direito privado, investidas de funções públicas. Sendo assim, fora de propósito não é que a delegação se faça a órgãos judiciários”***.

Fernando Teixeira da Silva⁹⁹ ao examinar essa questão ressalta que o debate contrapôs duas posições bem distintas sobre a jurisdição e a

⁹⁹ Fernando Teixeira da Silva explica que “De acordo com a tradição da teoria da divisão dos poderes, tal poder faria o Judiciário exorbitar de suas funções, ultrapassar sua jurisdição, invadindo a esfera e as atribuições do Legislativo, ferindo disposições constitucionais. Caberia à Justiça do Trabalho tão somente julgar; ou segundo formulação mais lapidar, os juristas deveriam ser ‘estudiosos da ciência de *aplicar o direito, não da arte de criá-lo*’. Em suma, essa perspectiva faz valer o primado da norma legal em bases exclusivamente legislativas e do princípio do direito positivo, escrito. [...] Outra posição, diametralmente oposta e capitaneada por Oliveira Vianna, entendia que estamos diante de uma justiça especial em que, nas palavras de outro intérprete, o ‘juiz cria o direito’, de modo que a sentença judicial deveria ter caráter normativo, com poder de reajustar salários e estipular condições de trabalho. Nos dizeres de um acórdão

abrangência das cortes trabalhistas, a civilista vinculada à tradição da *Common Law* representada por Waldemar Ferreira que não admitia a existência do poder normativo, e a da justiça especial, onde o juiz cria o direito, posição defendida por Oliveira Vianna. Observa que acolhida a proposição de Oliveira Vianna, o “**problema permanece ainda mais atual, pois a pertinência ou não de tal poder passou a dizer respeito também a outros ramos do Judiciário, nos quais a esfera de ação e normatização de juízes se vê cada vez mais ampliada em diversos países democráticos**”.

Este trabalho examina o problema da criação de direito por parte do Judiciário e nesse sentido faz-se pequeno reparo a pertinente observação de Fernando Teixeira da Silva quanto à vinculação de Waldemar Ferreira à tradição da *Common Law*. Precisamente, Waldemar Ferreira deveria ser vinculado à tradição da *Civil Law*, do direito posto, objetivada por intermédio da lei. A *Common Law* é mais afeta a criação do direito local, de cada caso concreto (*Case Law*), da regra do precedente da tradição jurídica inglesa. Portanto, Oliveira Vianna provavelmente tenha se inspirado nessa tradição jurídica da criação do direito para conferir a especialidade da Justiça do Trabalho.

Portanto, como se vê, desde os primórdios da criação da Justiça do Trabalho no Brasil estabeleceu-se a polêmica sobre o caráter das suas decisões à resolução dos conflitos coletivos de trabalho, se limitadas às partes litigantes ou extensíveis a toda categoria de trabalhadores.

Parece-nos que a polêmica foi vicejada por conta dos condicionamentos impostos pela política econômica adotada pelo governo federal. É claro que para o debate atual, outras razões devem ser consideradas, destacando-se, dentre outras: parque industrial complexo e diversificado; Justiça do Trabalho instalada em todo território nacional; uniformização da interpretação dos direitos trabalhistas estabelecidos na lei.

Outra hipótese que surge é que da análise da história do poder normativo da Justiça do Trabalho pode-se verificar que se por um lado, a partir de 1930, se iniciou um processo de constituição de direitos sociais, em especial

do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ‘o juiz funciona como legislador e tem ampla liberdade para a criação da norma que, teoricamente, vai constituir lei para a categoria’. Deve-se ressaltar, então, que o juiz apenas ‘legisla’ sobre as demandas que lhes são apresentadas, diferindo assim do legislador ordinário.”

os trabalhistas, caracterizando-os como direitos de cidadania, a última década (1990) do século XX foi ao contrário, a de desconstituição e a de negação desses direitos de cidadania.

Angela de Castro Gomes¹⁰⁰ diz que os direitos sociais, em especial os direitos do trabalho, “*assumiram posição estratégica para a vivência da cidadania, o que se reforçou pela fragilidade dos direitos civis e pelo desrespeito aos direitos políticos, infelizmente muito praticado ao longo do século XX*”, concluindo que os ataques dos neoliberais aos direitos sociais e trabalhistas em especial na última década do século XX é, de fundo, um ataque contra a cidadania.

Outro aspecto importante, é que a constituição dos direitos sociais no País se deu no bojo do primeiro projeto de desenvolvimento nacional, iniciado a partir da Revolução de 1930, e, em contrapartida, a desconstituição caracteriza, justamente, a ausência de um projeto de desenvolvimento autônomo do país.

O poder normativo da Justiça do Trabalho foi debatido nas propostas de reforma trabalhista e sindical. No “Fórum Nacional sobre Contrato Coletivo e Relações de Trabalho no Brasil”¹⁰¹ promovido pelo Ministério do Trabalho no período de 22 de setembro a 10 de dezembro de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, com representantes de entidades empresariais, trabalhadores, órgãos do Estado e da sociedade civil, podemos visualizar posições bastante distintas sobre o tema. Além das reuniões realizadas, semanalmente, no Rio de Janeiro, foram realizados Fóruns Regionais promovidos pelas delegacias regionais do trabalho do Amazonas, Ceará, Goiás, Espírito Santo e Rio Grande do Sul, representando as regiões norte, nordeste, centro-oeste, sudeste e sul, respectivamente.

Naquele debate podem ser identificadas três grandes linhas argumentativas acerca do poder normativo da Justiça do Trabalho. A primeira, de corte neoliberal, prega o afastamento total do Estado das relações de trabalho e propõe a extinção do poder normativo da Justiça Trabalho. A segunda apregoa a diminuição da presença do Estado e não o seu completo

¹⁰⁰ GOMES, Angela de Castro. Cidadania e direitos do trabalho. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2002, p. 12.

¹⁰¹ Fórum Nacional sobre Contrato Coletivo e Relações de Trabalho no Brasil – Ministério do Trabalho – MTb, Rio de Janeiro, 1994.

afastamento das relações de trabalho e, no caso específico do poder normativo da Justiça do Trabalho, a sua extinção. A terceira linha defende a manutenção do poder normativo com mudanças com vistas a aprimorar o instituto, isto é, as mudanças não podem significar na prática retirada de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores. Dos debates resultaram, dentre outras, as seguintes conclusões: a necessidade da negociação entre empregadores e empregados sem a interferência de terceiros, nesse incluído o Estado; a criação de espaços alternativos para o exercício da negociação coletiva e aplicação das normas sem a desregulamentação do direito e que os dissídios coletivos de natureza econômica somente sejam apreciados pela Justiça do Trabalho mediante a provocação das partes, de comum acordo.

A Justiça do Trabalho caracteriza-se pelo seu poder normativo, essa possibilidade de estabelecer novas condições de trabalho inclusive majoração dos salários, bem como, em tese, reconhecer e aplicar as normas legais de proteção do patrimônio e dos direitos do trabalhador. A Emenda Constitucional 45/2004 mitigou o poder normativo na medida em que estabelece a exigência de comum acordo entre as partes para o ajuizamento dos dissídios coletivos, porque antes bastava que uma das partes resolvesse instaurá-lo, e a maior parte dos dissídios eram e são instaurados pelos sindicatos de trabalhadores. Talvez, mais importante seja reter que a Justiça do Trabalho enquanto instituição judicial foi precursora da atividade regular e sistemática de também legislar, na medida em que estabelece normas e condições de trabalho para amplas parcelas de trabalhadores, para além da mera resolução dos conflitos individuais entre empregado e empregador. Por fim, observa-se que as propostas de extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho se coadunavam com a tese liberal de Estado mínimo, da inserção do país de forma subordinada e não autônoma no mercado mundial, bem como de negação da soberania e do Estado Nacional.

4.3. A terceirização de serviços e de mão de obra e o Enunciado de súmula 331 do TST.

São fontes da pesquisa deste trabalho: a) os registros taquigráficos (anexo 1) da sessão ordinária do Órgão Especial do Tribunal Superior do

Tribunal Superior que aprovou o Enunciado 331¹⁰² cujo efeito prático “legalizou” a terceirização no Brasil; b) os processos judiciais com pedido de reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços que tramitaram na Justiça do Trabalho na década 1990 evidenciando a prática da terceirização de serviços e de mão de obra e, também, o comportamento do Judiciário quanto a esse modo de contratação flexível de serviços.

Nesse contexto, duas ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho são importantes em razão das teses que encerram sobre a terceirização de serviços.

A primeira (processo 1927/91) tramitou, à época, na Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba, na qual o Ministério Público do Trabalho (MPT) promoveu ação civil pública pioneira no País contra a terceirização de serviços praticada pela indústria de papel e celulose investigada, importante empresa do município de Guaíba/RS. No pleito, o MPT defendeu a tese de que as terceirizações praticadas pela papelreira serviam somente para descaracterizar as relações de emprego, visando à redução do custo do trabalho, porque a empresa despedia os trabalhadores, mas os orientava para que constituíssem formalmente pessoas jurídicas (empresas) para que pudessem continuar na prestação dos mesmos serviços. Sob esse fundamento, o MPT alegou a existência de fraude, porque a prestação de serviços se encontrava subordinada diretamente à estrutura da papelreira e o resultado prático da terceirização ocorria apenas em prejuízo dos empregados, tais como a diminuição dos postos de trabalho, a redução dos salários e a

¹⁰² O Enunciado 256, “**CONTRATO DE PRESTACÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE**, Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”, foi revisto pela atual súmula 331, com a seguinte redação: “**CONTRATO DE PRESTACÃO DE SERVICOS. LEGALIDADE** (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
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.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Histórico: Súmula alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000
Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994.

perda dos direitos trabalhistas. Por sua vez, a papeleira argumentava que o MPT só podia defender interesses de coletividades indefinidas e que os supostos trabalhadores prejudicados podiam ser nominados e, portanto, não se tratava de interesses difusos, mas sim definidos, cabendo apenas ao sindicato à proposição de tal ação. O MPT na defesa de sua legitimidade argumentou que o conceito de trabalhador abrange não só o homem em efetivo exercício do trabalho, mas também o trabalhador em potencial. Desse modo, não se pode nominar os trabalhadores prejudicados em suas expectativas de direito, postos de trabalhos perdidos, e os direitos trabalhistas burlados atingiriam uma massa de trabalhadores em potencial, sendo impossível a delimitação pretendida pela papeleira. O Judiciário Trabalhista reconheceu em várias de suas instâncias o irregular procedimento, mas a papeleira logrou o reconhecimento da ilegitimidade ativa do MPT para propor a ação civil pública pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao fundamento de que inexistia no caso de:

(...) situação de ofensa clara e insofismável a direitos sociais constitucionalmente garantidos, sendo suficiente a existência de dúvida fundada, emergente de controvérsia jurisprudencial notória, para que se afaste a possibilidade de reconhecer-se peremptoriamente, que existe flagrante desrespeito, de âmbito coletivo, aos referidos direitos. Ainda mais distante, está à possibilidade de delinear-se, no caso, clima de afetação pública¹⁰³.

A segunda ação (TST-SP-31.606/93.4) o Ministério Público do Trabalho, ao fundamento de relevante interesse público, pede a revisão do Enunciado 256 do TST. Nesse processo, o Subprocurador Geral do MTP, Ives Gandra da Silva Martins expediu portaria instaurando o Inquérito Civil Público contra o Banco do Brasil objetivando apurar se o banco estava contratando digitadores de forma irregular. Após uma série de audiências nas quais o Banco do Brasil teve a oportunidade de apresentar seus argumentos, explicações e justificativas, foi assinado, em 20 de maio de 1993, Termo de Compromisso com o Ministério Público do Trabalho, em que o Banco entre outros itens

¹⁰³ Cópia do processo 1927/91, que integra o acervo histórico do Memorial da Justiça do Trabalho no RS, sendo partes o Ministério Público do Trabalho e a Riocell.

reconhecia a contratação irregular de trabalhadores e se comprometia a abrir concurso público no prazo máximo de 240 dias.

Após três meses da assinatura do Termo, o Banco, em 23 de agosto de 1993, encaminhou requerimento ao Subprocurador Geral do Trabalho apontando dificuldades para o cumprimento do acordo, o qual foi acolhido pelo Subprocurador Geral, em 27 de agosto de 1993.

Em seguida, invocando o Termo que também lhe permitia apresentar solução diversa àquela da realização de concurso público em 240 dias, apresentou novo requerimento com profunda análise fática e jurídica sobre as consequências para o mundo do trabalho da solução ajustada. Em síntese, enfatizava o risco de desemprego que o cumprimento do Termo poderia gerar e à possibilidade da descentralização de serviços prevista em lei para a administração direta, estendendo-a, por meio de interpretação analógica, para a administração indireta.

Após exaustivas discussões o Subprocurador Geral do MPT adotou a tese do Banco e encaminhou, em 06.10.1993, ao TST requerimento pedindo a revisão do Enunciado 256. Nesse, foram apresentadas as razões de fato e de direito para a revisão, requerendo a apreciação da aplicabilidade, ou não, do Enunciado 256 às empresas públicas e de economia mista, bem como se a locação de mão de obra nos setores de limpeza e digitação constitui, ou não, hipótese de intermediação ilegal de mão de obra. Isso motivou a abertura do processo de revisão do Enunciado 256 que culminou na aprovação do Enunciado 331.

Quanto à revisão do Enunciado 256 as considerações do Ministro Vantuil Abdala são de grande relevância para entendermos o contexto sociopolítico no qual houve a criação do Enunciado 331:

“Quando eu cheguei no TST já existia a Súmula 256 dizendo que era vedada a intermediação de mão de obra. Todos nós aprendemos dos bancos escolares esse repúdio. A doutrina francesa muito nos influenciou com a chamada *merchandise*, a venda da força de trabalho. Mas aprendemos que a força de trabalho é inseparável da pessoa, do trabalhador. De tal maneira que isso é uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Era como se estivesse sendo vendido o próprio trabalhador ao vender o trabalho. E havia um repúdio a isso. E esse repúdio foi consagrado pelo Enunciado 256, nome que se dava à Súmula:

Enunciado 256. No entanto, a economia, os fatos sociológicos foram nos apresentando nova realidade. Veio a lei do trabalho temporário admitindo, consagrando legalmente uma forma de contrato de prestação de serviço. Foram constituídas, então, inúmeras empresas de prestação de serviços, de limpeza, de higiene, com atividades sempre atribuídas a terceiros. O Decreto Lei 200, por sua vez, formalizou a possibilidade de a Administração Pública não executar diretamente certos serviços de apoio para contratar terceiros. Foi-se, a partir de tudo isso, formando-se um quadro e a realidade foi nos mostrando que se estava atropelando o Direito, até porque o Código Civil não veda e, até, permite que uma empresa de prestação de serviços seja contratada. Então, passamos a examinar alguns casos nos quais percebemos que não havia qualquer proximidade com o contrato de trabalho em face da completa ausência de pessoalidade, de subordinação, de fiscalização. Eram contratos nos quais aquele que contratava o serviço sequer sabia quem que ia trabalhar para ele, ou onde iria trabalhar, ou qual o número de horas prestadas. Eram serviços que nada tinham a ver com a atividade normal da empresa, serviços de mero apoio. É sabido que historicamente há certos tipos de serviços sempre atribuídos a terceiros, como o serviço de contadoria, por exemplo. Apenas as empresas de grande porte é que têm seu contador. Todas as pequenas empresas contratavam seus contadores mediante prestação de serviços. Já vivíamos, na época, uma grande evolução das montadoras de automóvel, as quais adotavam um tipo de terceirização especial na medida em que não era o trabalhador que ia ao estabelecimento da empresa para trabalhar, mas adquiria os produtos que compunham o automóvel de outras empresas que lhe entregavam e, muitas vezes, entregavam e iam lá colocar esses produtos. Assim, nos víamos diante de uma nova realidade. Começaram a aparecer os primeiros acórdãos admitindo, nessas hipóteses muito puras, a validade da terceirização. Ou seja, começaram a aparecer acórdãos abrindo exceções ao que seria o entendimento do Enunciado 256, para dizer naquele caso concreto não havia pura e simplesmente intermediação de mão de obra. (...).

Diante dos precedentes, abrindo-se essas exceções, tínhamos que tomar uma posição porque as novas decisões confrontavam-se com o entendimento do Enunciado 256. Assim, resolvemos fazer outro Enunciado”¹⁰⁴.

O Ministro ao ser questionado sobre de que maneira foi abordado o tema da revisão do Enunciado 256 pelo TST contribui com a tese de que houve

¹⁰⁴ Entrevista concedida à Dra. Magda Barros Biavaschi pelo Ministro Vantuil Abdala, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

na realidade espécie de judicialização de um tema político candente. Conforme se recorta:

Debatemos muito como iríamos enfrentar essa questão. Resolvemos, então, atribuir a responsabilidade subsidiária à tomadora dos serviços. Com que base jurídica? Inspirados no artigo 455 da CLT, que atribui a responsabilidade ao empreiteiro principal nos casos de empreitada, algo como uma analogia. Mas também na área do Direito Comercial, em relação ao fiador. Ou seja, todas as hipóteses em que há uma responsabilidade subsidiária se o devedor original não cumprir com sua obrigação. Entendemos que era razoável, legítimo, não somente porque o tomador dos serviços se beneficia da força de trabalho do trabalhador, mas também como uma forma de se coibir aquela situação que se agravava cada vez mais, a das empresas inidôneas prestadoras de serviços, inidôneas economicamente, financeiramente, aventureiras, que abriam e fechavam de um dia para outro e desapareciam como por milagre, não recolhiam Previdência Social, não recolhiam o Fundo de Garantia. Foi assim que resolvemos prever a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços e passamos a discutir quando haveria essa responsabilidade subsidiária. Aí acho que fomos até ousados, porque colocamos que haveria a responsabilidade subsidiária pelo simples fato de a prestadora não pagar os haveres trabalhistas. Somente por esse fato já haveria responsabilidade subsidiária, ainda que ela pudesse ter idoneidade econômica e financeira, já estava autorizada a propositura da ação contra a tomadora dos serviços, pleiteando a responsabilidade subsidiária. Mas fizemos questão de colocar que somente haveria essa responsabilidade subsidiária se a tomadora participasse da relação jurídica processual e que constasse do título executivo sua condenação. Somente nessa hipótese se daria a responsabilidade subsidiária, para que a empresa tivesse chance de se defender amplamente e para não haver até risco de fraude, de conluio, que afinal de contas ela pudesse ser condenada a algo que se quer fosse devido. Tínhamos que fazer uma regra - afinal de contas, o Enunciado é uma regra - que fosse deglutível. Então, resolvemos colocar dessa maneira: haveria responsabilidade subsidiária quando a prestadora de serviços fosse inadimplente e desde que a tomadora participasse do título judicial. Mas o que se discute muito é qual a razão de não se adotar a responsabilidade solidária; tema que se discute muito (...)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Idem.

A judicialização também resta evidente no seguinte argumento do Ministro, ao se referir como aconteceram as discussões anteriores à sessão que aprovou o Enunciado 331, ressaltando a tranquilidade no momento da própria aprovação. Recorta-se:

Fala-se de brincadeira que mineiro nunca vai para a reunião sem ter decidido antes. Então, conversávamos com os Ministros, trocávamos ideias, fomos aperfeiçoando de tal maneira à redação que, quando foi feita a proposta, já tínhamos, por assim dizer, uma maioria favorável à aprovação. Dessa forma, a sessão de aprovação foi tranquila por causa disso¹⁰⁶.

Os registros taquigráficos (anexo 1) da sessão ordinária do Órgão Especial do Tribunal Superior do Tribunal Superior que aprovou o Enunciado 331 traduz o debate havido entre os juízes (ministros) na sessão em que se deliberou e votou a proposta do enunciado com efeito deletério para milhões “de trabalhadores do país inteiro”¹⁰⁷. Sabia-se que a sessão para além de deliberar e votar mero enunciado de súmula, aliás, atividade típica de um tribunal superior, permitiria a “legalização” da terceirização de mão de obra no país.¹⁰⁸ O âmbito restrito de um tribunal estava servindo para consolidar a jurisprudência e ao mesmo tempo com efeito prático de lei normatizando a questão da terceirização de mão de obra no país. O fundamento para isso foi explicitado pelo presidente da corte (ministro Orlando Teixeira da Costa): “praticamente, a proposta deste Enunciado está vindo por uma solicitação do Ministério Público da Justiça do Trabalho, que tem envolvimento com o assunto porque há um inquérito civil público que envolve alguns órgãos da administração indireta do Estado. Estaríamos criando, talvez, dificuldade para essas entidades e também para o Ministério Público resolver em um assunto que eles estão querendo encaminhar e resolver através

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ O Ministro José Calixto Ramos ponderou que “Trata-se de interesse de milhões, talvez, de trabalhadores do País inteiro e, em que pese a todas as argumentações que já ouvi dos Exmos. Srs. Ministros com relação à modernidade, ao avanço tecnológico, etc., ainda está em minha mente que terminarei, data vênica, chancelando o próprio processo que é do meu conhecimento, já está em moda, exatamente a dispensa de milhares de trabalhadores e a contratação de mão-de-obra, não apenas para aqueles casos específicos em lei”.

¹⁰⁸ O Ministro Francisco Fausto expressou: “Creio que o Ministro José Calixto Ramos está tomando uma posição muito coerente em relação a sua categoria, porque está lançando, inclusive, manifestos contra a nossa proposta de Enunciado, entendendo que estamos abrindo as portas da terceirização. Então, essa matéria é de interesse muito grande para o Ministro José Calixto Ramos, extrapolando a toga de Ministro que S. Exa. Eventualmente está usando”.

de uma jurisprudência que seja aprovada pelo Tribunal Superior do Trabalho”, e complementa: “Há uma expectativa muito grande em todo o Brasil, mas há também o caso concreto deste inquérito civil público e, segundo entendo, seria uma maneira de colaborarmos com o Ministério Público, que conosco tem sido ultimamente um colaborador eficiente, e também de darmos resposta...”. O MPT fiscal da lei trabalhista propõe a revisão de enunciado de um tribunal trabalhista para resolver o problema de órgãos públicos da administração indireta que não realizavam concurso público para prover seus empregos, conforme determina a Constituição, e por isso editado um enunciado para resolver essa questão declarando que não haveria o reconhecimento de relação de emprego entre os trabalhadores prestadores de serviços e as empresas públicas tomadoras desses serviços. O incrível que toda essa trama tenha sido urdida por instituições criadas para reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, mas, ao contrário, aproveitaram por realizar a agenda econômica voltada para o mercado do Executivo federal, que não realizou os necessários concursos públicos para o provimento dos empregos necessários à prestação de serviços. O próprio presidente da corte declarou que colaboraria com o MPT na revisão do Enunciado 256 que proibia a intermediação da mão de obra, sem considerar a posição majoritária dos trabalhadores, por seus sindicatos, contrários a revisão.¹⁰⁹ Nessa sessão “legislativa” o presidente da corte¹¹⁰ explicitou claramente a vinculação da jurisprudência com a política econômica do governo e do uso do Judiciário como espaço para chancela dessa política econômica.

A toda evidência, a análise dessas notas taquigráficas demonstra que os juízes do TST deliberadamente, a título de uniformizar a jurisprudência

¹⁰⁹ O Ministro Francisco Fausto declarou: “Entendo apenas, Ministro Ney Doyle, que esta matéria é de fato polêmica, ela está agitando o País e a classe trabalhadora de um modo geral. Então, pouco interessa se o Ministério Público está preocupado com o Banco do Brasil. É como disse o Ministro Galba Veloso na sessão anterior, o Banco do Brasil não é preponderante para darmos ou não urgência às nossas propostas de enunciados. O que é preponderante, mais importante que o Banco do Brasil, é a onda de trabalhadores contra esse enunciado, mais importante até do que a necessidade do inquérito civil da Procuradoria – eu, ao menos, lhe dou mais importância”.

¹¹⁰ O Presidente do TST à época, Ministro Orlando Teixeira da Costa, para garantir a votação do enunciado declarou: “Alguns governos anteriores têm usado de uma tática que creio ser muito hábil: certos aumentos são dados no fim de semana; nós aqui os daríamos no final do ano judiciário. Evidentemente, qualquer enunciado nosso pode provocar polêmica, insatisfação – e isto ocorre muitas vezes. Ora o empregado fica insatisfeito, ora o empregador órgão público. Por exemplo: não temos de ter dúvida alguma no sentido de que todos esses enunciados que temos aprovado a respeito da política econômica do governo o estão desagradando. Não há dúvida alguma. Mas nem por isso devemos adiar ou recuar, se já temos um consenso a respeito...”

por meio da edição de Enunciado de Súmula, normatizaram permitindo a terceirização de serviços e mão de obra no Brasil. A resposta para a questão de o Judiciário legislar, é positiva. O Enunciado 331 do TST tem a função de regulamentar a terceirização de serviços e mão de obra, flexibilizando as condições gerais de trabalho no país, em consonância com a agenda econômica voltada para o mercado do Executivo federal. Esse enunciado condicionou a atuação em prol dos trabalhadores das instâncias inferiores da Justiça do Trabalho, talvez esse fosse o resultado pretendido, na medida em que não havia o reconhecimento de vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e os empregados da empresa prestadora de serviços (terceirizada), mas tão somente a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora caso a empresa prestadora não cumprisse com as obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.

Pode-se supor que o Executivo federal ao preferir não realizar concurso público para provimento dos empregos dos órgãos da administração indireta do Estado, conforme determina a Constituição, escolheu o Judiciário como estrutura institucional para produzir mudanças com maior velocidade, e também de modo mais controlável, como de depende das intervenções dos juízes. Essa mudança (enunciado permitindo a terceirização) desconstituiu a norma constitucional que previa o concurso público para provimento dos empregos públicos dos órgãos da administração indireta. Provavelmente, o controle dessa arena (Judiciário) fosse mais efetivo do que o controle do Legislativo onde necessariamente o governo primeiro deveria constituir e negociar com sua base de sustentação, o que dificultaria a rapidez da decisão para a alteração pretendida. Outro fator diz respeito ao número de *veto player*¹¹¹ sendo no Judiciário menor, o que parece ser mais fácil controlar. Então, no nosso sistema político, a arena judicial apresenta vantagens às mudanças rápidas de *status quo* (“Câmara única, com menos número de *veto player* individual), ainda que na arena do legislativo não se exija a concordância

¹¹¹ George Tsebelis conceitua *veto player* como “um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. O conceito de *veto player* origina-se da ideia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII”.

do Judiciário à aprovação de determinada legislação, mas há o problema da formação de uma maioria que sustente a mudança.¹¹²

Esse enunciado teve o efeito prático de lei e conformou as decisões das instâncias inferiores da Justiça do Trabalho.

Os dados extraídos dos processos trabalhistas.

A análise quantitativa dos processos envolvendo o tema da terceirização desde os primeiros processos localizados (datados de 1985), passando pela publicação do Enunciado 331 até o ano 2000, abrangendo o período de sete anos após a sua publicação.

Essa divisão tem por objetivo estudar a dinâmica das decisões do Judiciário Trabalhista antes e depois da publicação do Enunciado 331. Assim, examinou-se 381 processos abrangendo o período de 1985 a 2000, e com o intuito de realizar a análise proposta classificou-se em dois grandes grupos, que abrangem o período anterior (1985 a 1993) e posterior ao Enunciado (1994 a 2000). Desses 381 processos, selecionou-se uma amostragem de 148 processos. Para tanto, adotando-se em referência estudos de Cochran¹¹³ (1953), agruparam-se os processos em seus respectivos períodos – 1985-1993; 1994-2000 – e, nestes, procedeu-se a uma seleção aleatória simples, com alguns critérios mínimos, como o da proporcionalidade isonômica entre a amostra e o universo dos processos selecionados, período a período, e a priorização daqueles que percorreram todos os graus de jurisdição, ou seja, passaram pela Junta, pelo TRT e pelo TST. Assim, para o primeiro período, selecionaram-se 118 processos, correspondendo a 79,70% do universo desse

¹¹² Para Tsebelis, “Entre outros atores mais institucionalizados incluem-se os tribunais, as maiorias qualificadas pela Constituição e os referendos. Exigir a concordância do judiciário para aprovação de determinada legislação equivale a adicionar uma outra Câmara ao processo legislativo. Por exemplo, após a vitória da esquerda na França, em 1981, o Conselho Constitucional tornou-se o único *veto player* a agir em nome da maioria anterior. As decisões mais importantes do governo foram postas em questão perante o Conselho Constitucional. O temor de revisão constitucional tornou-se tão grave que as maiorias parlamentares incluíram na legislação expressões da própria linguagem das decisões anteriores da Corte, numa tentativa de evitar que suas deliberações fossem anuladas (Stone, 1992)”. In *Processo Decisório em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo*. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06

¹¹³ Para Cochran (1953), o processo de organização dos dados consiste em uma das etapas mais importantes da pesquisa, é o momento no qual os dados são preparados para testarem as hipóteses ou para responderem determinadas questões. Os dados são categorizados a partir não somente da realidade intrínseca da sua produção, mas também do conhecimento das circunstâncias que os produziram. Ou seja, as fontes não estão disponibilizadas *a priori* no formato apresentado no presente artigo e, sim, foram classificadas/periodizadas de acordo com as hipóteses elaboradas pelos pesquisadores, levando em consideração o conhecimento dos autores sobre o método, a fonte e o referencial teórico adotado.

período e para o segundo, selecionaram-se 30 processos, equivalendo a 20,30% do universo desse período.

Além disso, por meio de uma perspectiva qualitativa, se buscou abordar o próprio conteúdo dos processos, com a finalidade de verificar a dinâmica das respostas dadas às reclamações envolvendo o tema da terceirização, antes e depois da publicação do Enunciado. O foco das duas abordagens é a judicialização da política, ou seja, ao invés de se propor uma alternativa legislativa ao tema da terceirização o judiciário trabalhista optou por legislar sobre o tema, ultrapassando os limites impostos pela lei.

O Enunciado 331 do TST significou clara intervenção do Judiciário trabalhista no campo econômico e no mundo do trabalho ao regulamentar sobre a responsabilidade da empresa tomadora de serviços no caso do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, independentemente de lei.

Ao direcionarmos o foco para os processos trabalhistas que tramitaram no período anterior e posterior ao Enunciado constataram-se, preliminarmente, duas circunstâncias: a primeira que a RIOCELL, dona do mato [hortos] em que são plantados os pinos e os eucaliptos, necessários a produção da matéria prima desta, contratava para o corte do mato, descasque e transporte da madeira empresas sob a modalidade formal de empreitada, ou seja, contratos de natureza civil. Dessa forma, buscava eximir-se das responsabilidades do artigo 455 da CLT.

Ocorre que os trabalhadores contratados por essas “empreiteiras” ajuizaram reclamações trabalhistas contra elas e, também, contra a RIOCELL, buscando, por vezes, reconhecimento da condição de empregado desta, por outras o reconhecimento de sua responsabilidade frente aos seus créditos (trabalhistas). O fundamento preponderante era o de que as atividades contratadas das “empreiteiras” eram permanentes e essenciais ao empreendimento da RIOCELL, dona dos hortos florestais que passou a ser reiteradamente condenada de forma solidária. A responsabilização solidária (da RIOCELL) como demonstra a análise, é uma constante no período anterior a publicação da pesquisa (1985-1993).

Dessa forma, passamos a examinar o conteúdo dos processos que compõem a amostra, sendo que foram consideradas na análise as questões mais

relevantes em relação ao tema da terceirização, quais sejam: a) qual a solução que a Justiça do Trabalho deu aos processos em cada um dos graus de jurisdição: Vara, TRT e TST; b) qual a solução dada pelo Judiciário trabalhista quanto à terceirização e à responsabilização da tomadora dos serviços; c) especificamente quanto à terceirização, indaga-se se a Justiça do Trabalho, em cada uma de suas instâncias (Vara, TRT e TST), foi lócus de afirmação ou de resistência à terceirização, ou nenhum nem outro. A tabela 01 demonstra a divisão da amostragem dos processos antes e depois da promulgação da Sumula 331:

Tabela 01

Total de processos analisados por período						
Período	1985-1993	%	1994-2000	%	Total	%
nºde processos	118	77,7	30	20,3	148	100

Fonte: Sistema Kairos - Memorial da Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul

Em relação à composição da amostra vimos uma maior concentração de processos no período anterior a publicação do Enunciado. Essa diferença pode ser explicada levando-se em consideração duas circunstâncias. A primeira sobre os processos disponíveis para a pesquisa, ou seja, apenas são disponibilizados processos considerados autos findos pela Justiça do Trabalho. E uma segunda explicação diz respeito à realização da judicialização da política conferida pelo novo entendimento (Enunciado 331), com efeito vinculante.

Seguindo a análise dos dados verificamos qual a solução que o Judiciário trabalhista deu aos processos em cada um dos graus de jurisdição: Vara do Trabalho, TRT e TST.

Tabela 02

Solução dada aos processos na Vara, no TRT e no TST, número de processo e percentual em relação à cada instância - anterior e posterior a Súmula 331

	1985- 1993		1994 - 2000		
	Nº	%	Nº	%	
Vara	Procedente	7	5,9	0	0
	Procedente em parte	65	55,1	6	20
	Improcedente	4	3,4	1	3,3
	Conciliado	24	20,3	18	60
	Arquivado	7	5,9	1	3,3
	Extinção do processo sem julgamento do mérito	9	7,6	2	6,7
	Outros	2	1,7	2	6,7
	Total	118	100		
TRT	Proveu recurso	7	13,5	1	20
	Proveu parcialmente	23	44,2	0	0
	Negou provimento	22	42,3	4	80
	Total	52	100	5	100
TST	Proveu recurso	2	12,5	0	0
	Proveu parcialmente	8	50,0	0	0
	Negou provimento	2	12,5	0	0
	Não conheceu o recurso	3	18,8	0	0
	Outros	1	6,3	0	0
Total	16	100	0	100	

Fonte: Acervo Memorial da Justiça do Trabalho - RS. Elaboração Pesquisa Terceirização/CESIT/FAPESP.

Em relação à Vara do Trabalho, no período de 1985 a 1993, nota-se que a maior parte dos processos (55,1%) foi procedente em parte, isso representa 65 processos dentre os 118 considerados. Esses processos tiveram alguns dos pedidos acolhidos e outros não. Em seguida, com 20% dos processos, tem-se como solução a conciliação, seguida de processos extintos sem julgamento do mérito (7,6%). Os casos arquivados, procedentes, improcedentes representaram menos de 20% dos processos.

No segundo período (1994 a 2000), nota-se que a maior parte dos processos (60%) foi conciliada, representando 18 processos dentre os 30 considerados. Em seguida, com 20% aparecem os processos em que a decisão foi procedente em parte. Seguidos de processo extintos sem julgamento do mérito e outras situações que corresponderam a 6,7% respectivamente. Os casos arquivados e que foram considerados improcedentes representaram 6,6% dos processos.

Dos 118 processos que passaram pela Vara, no primeiro período analisado, 52 foram para o TRT por meio de recurso, isto é, um pouco menos da metade. Os que tiveram provimento parcial representaram 44,2% desses processos. Já 42,30% tiveram o recurso negado e 13,5% tiveram os recursos providos integralmente.

Dos 30 processos que passaram pela Vara do Trabalho, no período de 1993 a 2000, cinco foram para o TRT pela via do Recurso Ordinário, sendo

que destes quatro tiveram seu provimento negado, o que equivale a 80% dos pleitos e um dos recursos foi provido, correspondendo aos demais 20%.

Para o TST foram encaminhados dezesseis processos entre 1985 a 2000. No período examinando os processos remetidos pela via do Recurso de Revista, 50% dos processos foram providos parcialmente, 18,80 % dos recursos não foram conhecidos. Os processos providos e os que tiveram o provimento negado respectivamente foram responsáveis por 12,50% das ações e outras soluções corresponderam 6,3%.

Logo após abordarmos especificamente a solução dada pelo judiciário nos diversos graus de jurisdição em relação à terceirização e a responsabilização da tomadora de serviços. Conforme a tabelas 3.

Tabela 03

		1985-1993		1994 - 2000	
		Nº	%	Nº	%
Vara	Reconhece a condição de empregadora da tomadora de serviços	9	7,6	0	0
	Reconhece a responsabilidade solidária da tomadora	61	51,7	1	3,3
	Reconhece a responsabilidade subsidiária da tomadora	3	2,5	4	13,3
	Exclui da lide a tomadora	29	24,6	19	63,3
	Exclui da lide a tomadora a pedido do reclamante	1	0,8	0	0
	Terceirização não questionada pelo autor	2	1,7	3	10
	Outros	13	11,0	3	10
	Total	118	100	30	100
TRT	Reconhece a condição de empregadora da tomadora de serviços	8	15,4	0	0
	Reconhece a responsabilidade solidária da tomadora	20	38,5	1	20
	Reconhece a responsabilidade subsidiária da tomadora	2	3,8	0	0
	Exclui da lide a tomadora	6	11,5	1	20
	Terceirização não questionada pelo autor	6	11,5	2	40
	Outros	10	19,2	1	20
	Total	52	100	5	100
TST	Reconhece a condição de empregado da tomadora de serviço	2	12,5	0	0
	Reconhece a responsabilidade solidária da tomadora	5	31,3	0	0
	Exclui da lide a tomadora	1	6,3	0	0
	Terceirização não questionada pelo autor	3	18,8	0	0
	Outros	5	31,3	0	0
	Total	16	100	0	100

Fonte: Acervo Memorial da Justiça do Trabalho - RS. Elaboração Pesquisa Terceirização/CESIT/FAPESP.

Quanto à responsabilização na Vara do Trabalho, nota-se que, no período anterior a aprovação do Enunciado 331, 51,7% dos processos foi reconhecida a responsabilidade solidária da tomadora de serviços, seguido de 24,6% em que exclui a lide da tomadora. Em terceiro lugar constou ainda que 7,6% dos processos reconheceram a condição de empregadora da tomadora. Os processos em que reconhece a responsabilidade subsidiária da tomadora foram praticamente insignificantes, correspondendo a 2,5 % dos processos.

No posterior a aprovação do enunciado 331, a grande maioria exclui da lide a tomadora, equivalendo a 63,3% dos 30 processos considerados (19 processos), seguida da responsabilização subsidiária da tomadora que foi

de 13,3% dos processos. Os processos em que a terceirização não foi questionada pelo reclamante e “outros” casos corresponderam respectivamente a 10%. A responsabilidade solidária, que antes da edição do enunciado era preponderante, passou a representar 3,3% dos pleitos examinados.

Essa situação não foi muito diferente da observada no TRT. Nessa instância, 38,5% dos processos reconheceram a responsabilidade solidária da tomadora, seguido de 15,4% em que reconhecida a condição de empregadora da tomadora de serviços. Os processos em que excluídas da lide a tomadora corresponderam a 11,5% e os que reconheceram a responsabilidade subsidiária novamente foram muito reduzidos, correspondendo a 3,8% do total analisado.

A situação também se altera no TRT em relação ao primeiro período considerado. Nessa instância, 40% dos processos os autores não questionaram a terceirização, seguido dos processos que excluíram da lide a tomadora e outros casos que corresponderam a 20%. A responsabilização solidária da tomadora que no período anterior chegou a 38,5% das reclamações neste segundo baixou para 20%.

Por último, dos processos que chegaram ao TST no período anterior a revisão do Enunciado 256, 31,5% reconheceram a responsabilidade solidária da tomadora, 18,8% não questionaram a terceirização. Uma importante constatação foi no sentido dos processos que reconheceram a condição de empregadora da tomadora que corresponderam a 12,5% do total analisado. No período posterior ao Enunciado 331 não tivemos casos registrados na amostra.

Ao analisar as respostas que o Judiciário trabalhista deu as demandas envolvendo a terceirização, optamos em realizar um exercício em que consideradas as ações que reconheçam a condição de empregadora da tomadora dos serviços e a responsabilização solidária da mesma como uma forma de resistência ao fenômeno da terceirização. Os resultados em que se exclui da lide a tomadora ou se responsabilizou subsidiariamente a tomadora de serviços, caracterizou, neste exercício, como de afirmação da terceirização de serviços e mão de obra, por se entender que direitos previstos em lei foram flexibilizados. A tabela seguinte expressa esse exercício:

Tabela 4

		1985-1993		1994-2000	
		Nº	%	Nº	%
Vara	Resistência	72	61,0	1	3,3
	Afirmação	34	28,8	25	83,3
	Nenhum	12	10,2	4	13,3
	Total	118	100	30	100
TRT	Resistência	29	55,8	1	20
	Afirmação	9	17,3	1	20
	Nenhum	9	17,3	0	0
	Outros	5	9,6	3	60
Total	52	100	5	100	
TST	Resistência	7	12,5	0	0
	Afirmação	2	43,8	0	0
	Nenhum	3	18,8	0	0
	Outros	4	25,0	0	0
Total	16,0	100,0	-	100,0	

Fonte: Acervo Memorial da Justiça do Trabalho - RS. Elaboração Pesquisa Terceirização/CESIT/FAPESP.

Os dados expressos na tabela 4 demonstram que no período de 1985 a 1993, em terceirização, a Justiça do Trabalho foi locus de resistência em 61% dos processos e de afirmação em 28,8% dos processos. Os processos em que não houve posicionamento da Justiça do Trabalho (Nenhum) contabilizaram 10,2%. Dos processos que foram para o TRT, pouco mais da metade (55,8%) foram locus de resistência e 17,3% de afirmação. Nenhum e outros corresponderam a 26,9% dos processos. Já no TST, 43,8% dos processos foi locus de resistência, apenas 12,5% de afirmação e o restante teve como resposta nenhum ou outros.

Desta forma, no período de 1994 a 2000 houve uma alteração bastante significativa na posição da Justiça do Trabalho quanto à terceirização, o que corrobora a hipótese que tínhamos do poder vinculante e legislativo dos enunciados do TST. Do total de 30 de processos que passaram pela Vara, 83,3% posicionaram-se afirmativamente em relação ao fenômeno terceirizante. Sendo a resistência praticamente desprezível alcançando um total de 3,3% dos processos. Devido ao reduzido número de processos levados ao TRT constantes na amostra no período posterior a edição do enunciado entendeu-se que a análise até certo ponto fica prejudicada, mas mesmo assim, vimos uma redução da resistência que passou a representar da mesma forma que os processos que se posicionam afirmativamente sobre a terceirização a 20% dos pleitos. Outros processos que foram ao TRT, mas que não trataram do tema terceirização correspondeu a 60% das reclamações.

O TST ao escolher regulamentar a terceirização de serviços e mão de obra por meio da edição de enunciado, em verdadeira função legislativa, provavelmente tencionava regular rapidamente esse tipo de prestação de serviços a fim de diminuir as incertezas que esse tipo de intermediação de mão de obra estava a gerar. As disputas políticas em torno da matéria foram esterilizadas na arena do Judiciário trabalhista. O efeito vinculante do Enunciado permeou rapidamente as decisões e as escolhas das partes. Por exemplo, o índice de processos conciliados após o Enunciado 331 foi de 60% (tabela 2), sem que o índice de conciliação antes do Enunciado era de 20,3%, (tabela 2) indicando que após o Enunciado a parte reclamada (a empresa) preferia a conciliação porque sabia que seria responsabilizada (subsidiariamente), e a parte autora (trabalhador) porque sabia que não teria o vínculo de emprego reconhecido com a tomadora de serviços.

Neste capítulo procurou-se demonstrar o papel desempenhado pela Justiça do Trabalho de intervenção no domínio econômico em consonância com a agenda econômica do Executivo federal, orientada para o mercado, que ao não reconhecer o vínculo de emprego entre os trabalhadores das empresas prestadoras de serviços com as tomadoras (empresas da administração pública indireta) permitiu a terceirização de mão de obra, responsabilizando a empresa tomadora de serviços subsidiariamente no caso de não pagamento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços (terceirizada). Isso, como demonstrado, reorientou os contratos de trabalho, criando uma espécie de trabalhadores, os “terceirizados”, com menos direitos e muitas vezes a margem da legislação de proteção dos trabalhadores. Desse modo, não há dúvida, de que foi ampliada a área de atuação do Judiciário, expansão do poder judicial para além da mera atividade judicante, ou mesmo de sua atividade típica de uniformização da jurisprudência. Nesse sentido, esse caso caracteriza bem o que seja a judicialização da política, uma vez que uma instituição judicial, o TST, em verdadeira função legislativa, editou o Enunciado 331 do TST para regulamentar a terceirização. Por fim, cabe considerar de apesar à época as súmulas dos tribunais superiores não

possuírem efeito vinculante¹¹⁴, a edição do Enunciado 331 pelo TST as decisões da Justiça do Trabalho, em suas instâncias, passaram a responsabilizar a empresa tomadora de serviço subsidiariamente responsável pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, verificando-se assim o efeito vinculante antes mesmo de se tornar norma constitucional.

Observa-se ainda não houve resistência à aplicação do Enunciado 331 pelo magistrado na solução das controvérsias, mostrando-se correta a estratégia de se permitir a terceirização por intermédio da Justiça do Trabalho. Comprova-se isso com o incremento significativo da taxa de conciliação (60% - tabela 5) em relação ao período anterior ao enunciado (20,3% - tabela 2).

A terceirização de serviços e mão de obra é prática empresarial que diminui as condições gerais de trabalho, e torna a empresa tomadora de serviços (a terceirizante) somente responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas, caso a empresa prestadora de serviços (terceirizada) deixe de fazer o pagamento. Essa responsabilidade subsidiária criada pelo TST torna flexível a condição geral de trabalho no país em nome de um mercado de trabalho mais dinâmico e de custo menor a custa dos direitos dos trabalhadores. Esse papel desempenhado pela Justiça do Trabalho mostra claramente que o sistema judicial está bastante integrado no sistema de governo, e pode ser usado como linha de transmissão da política econômica adotada pelo Executivo federal, um *veto player* bastante controlado.

¹¹⁴ O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal passou a vigorar formalmente a partir da Emenda Constitucional 45, de 31.21.2004.

Conclusão

Buscou-se neste trabalho de defesa de tese responder a seguinte questão: o Judiciário legisla? Essa questão comporta respostas contrapostas. Sim, o Judiciário legisla por meio de sua jurisprudência, conforme demonstrado na pesquisa. Nessa perspectiva, os tribunais têm utilizado sua capacidade para criar o direito com efeito prático de lei em sentido amplo, ou seja, disposição geral e regulamentar extravasada de norma votada pelo Legislativo. A Constituição de 1988 redimensionou o papel do Judiciário no sistema judicial, estabelecendo princípios do exercício da magistratura e garantias dos juízes. A EC 45/2004 assegurou autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, cuja proposta orçamentária é estipulada conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Essa emenda criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, composto por quinze membros, sendo nove magistrados, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. Contudo, o Judiciário dentre os poderes da União, é o mais refratário à participação social. A ideia original era a da criação de controle externo com a participação da sociedade, mas por ingerência corporativa do próprio Judiciário criou-se mais um órgão do Judiciário, cujos membros em sua maioria são juízes. Assim, tem-se um Judiciário ensimesmado, avesso a qualquer participação que não seja a dos

seus próprios membros, com ativismo exacerbado a ponto de subsumir a política em suas decisões. Essa atuação intensa no campo estrito da política caracteriza fenômeno novo, de judicialização da política, gerando distorções em todo o sistema político. A contraposição a isso, a de que o Judiciário não legisla, fundamenta-se de que se trata de atividade típica dos tribunais, de uniformização de sua jurisprudência, e seus efeitos são constrictos ao julgamento da ação em cada caso específico, não se trata de norma geral, mas de entendimento majoritário do tribunal, o que se diferencia e muito de lei em sentido estrito de norma cogente, impessoal e geral. Aduz-se que a jurisprudência pode ser revisada a qualquer tempo pelo tribunal.

Contudo, a pesquisa aponta que os tribunais superiores tem feito uso de sua jurisprudência consolidada representada pelos enunciados de súmulas para suprir a ausência de lei. A objeção de que as súmulas decorrem da mera atividade dos tribunais superiores de uniformizar a sua jurisprudência, e por isso não há falar em atividade legislativa do Judiciário. Seria assim se as súmulas não tivessem efeito vinculante, sem obrigar as instâncias inferiores do Judiciário a observá-las nas suas decisões. Antes mesmo da Emenda Constitucional 45/2004, as súmulas dos tribunais tinham forte efeito vinculante, eram aplicadas nas decisões inferiores muitas vezes com o argumento da celeridade processual, ou seja, aplicava-se o entendimento do tribunal superior desde já para se evitar a tramitação de decisão contrária ao entendimento do tribunal superior que inevitavelmente a reformaria. Aliás, essa prática também inviabiliza o controle difuso da constitucionalidade das leis, formalmente consagrada na Constituição.

A Constituição de 1988 conferiu alto nível de autonomia ao Poder Judiciário, e embora contribua para a *accountability* horizontal do Estado, fornecendo freios e contrapesos ao Executivo, mas por ser o ramo não-eleito do governo, causa constrangimento porque não tem as restrições previstas pelos mecanismos de *accountability* vertical de eleições democráticas. Esse desenho institucional do sistema judicial, com bastante autonomia, redimensionando o papel das instituições de Justiça, com vistas a uma melhora da prestação jurisdicional à população, mais célere e na efetivação dos direitos sociais, todavia, isso não foi percebido pela população, conforme recente

pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA¹¹⁵ -, sobre a percepção social da justiça no Brasil no âmbito do projeto “Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), publicada em maio de 2011, a “nota média” atribuída pelos respondentes da pesquisa é de 4,55, numa escala de 0 a 10, ou seja, **“um juízo mais negativo em relação às dimensões rapidez, imparcialidade e honestidade, foi possível verificar que essa imagem é relativamente frágil entre os cidadãos e que a reversão desse quadro exigirá mais que o aumento pura e simples de sua produtividade”**. Essa percepção arraigada viajou no tempo e hoje se pode dizer atual o verso do poeta baiano Gregório de Matos (Boca do Inferno) que em crítica ao sistema judicial da época (século XVII), expressou: **“Que falta nesta cidade? Verdade. Que mais por sua desonra Honra Falta mais que se lhe ponha Vergonha. (...) E que justiça a resguarda? Bastarda É grátis distribuída? Vendida! Quem tem, que a todos assusta? Injusta. Valha-nos Deus, o que custa, O que El-Rei nos dá de graça, Que anda a justiça na praça Bastarda, Vendida, Injusta”**.¹¹⁶

Os instrumentos constitucionais para facilitar o acesso à justiça, por exemplo, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, em que qualquer cidadão tem legitimidade para propor ação popular com vistas à correção de atos lesivos (já praticados) e futuros ao patrimônio público, e o mandado de segurança coletivo com legitimidade para propô-lo partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe e associação, constituída há mais de um ano, com vistas a resguardar direito líquido e certo, não amparados pelo *habeas corpus* e *habeas data*, ainda são pouco utilizados, e quando usados para obstar o processo de privatização das empresas estatais foram ineficazes, conforme aponta a pesquisadora Vanessa Elias de Oliveira no artigo “Judiciário e Privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?”¹¹⁷ Esperava-se do Judiciário papel proativo na aculturação desse tipo de ação, o que não ocorreu. Do mesmo modo, ocorre com o mandado de injunção disponível a qualquer cidadão ou pessoa jurídica para assegurar individual ou coletivamente o exercício de direito declarado na Constituição, mas não efetivado porque ausente norma infraconstitucional regulamentadora. Caso típico da frustração de direito constitucional é o aviso

¹¹⁵ Relatório da pesquisa disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf

¹¹⁶ Gregório de Matos Guerra, *Obra Poética*, pp. 56 e 57.

¹¹⁷ Artigo disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>

prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Como até hoje não há essa lei regulamentadora esse direito constitucional de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço não é reconhecido pelo Judiciário, e quando o trabalhador rescinde o seu contrato de trabalho recebe tão somente trinta dias de aviso prévio independentemente do tempo de serviço. Esses são alguns exemplos de instrumentos que serviriam para uma melhor percepção da sociedade quanto ao papel do Judiciário. Contudo, o que se verifica é um sistema judicial ensimesmado, de culto de um corporativismo muitas vezes avesso ao atendimento de legítimas demandas da sociedade. É esse Judiciário que tem deliberado e votado, tal como em um parlamento, súmula para ser usada no lugar da lei, como é o caso examinado neste trabalho de pesquisa, o do Enunciado de Súmula 331 do TST, evidenciando que o Judiciário tem estabelecido direito novo, regra a ser seguida permitindo a intermediação de mão de obra da área meio (terceirização), reconfigurando as condições gerais de trabalho no Brasil e tornando flexível a aplicação da legislação trabalhista a esses trabalhadores. Nesse caso a Justiça do Trabalho, criada para aplicar a legislação trabalhista foi de encontro a sua natureza, finalidade e função, ao permitir que por meio da terceirização se tornassem precárias as condições de milhões de trabalhadores no país.

Nesse contexto, a pesquisa evidenciou que o papel do Judiciário no sistema político tem sido o de referendar a política econômica adotada pelo Poder Executivo Federal.¹¹⁸

Assim, verificaram-se as hipóteses de o Poder Judiciário, por meio de sua jurisprudência, legislar em resposta positiva à efetivação da política

¹¹⁸ Isso é corroborado pelos seguintes fatos: a) as perdas decorrentes dos planos econômicos ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, estimando-se em quase 400.000 ações em curso no Judiciário postulando o ressarcimento das perdas nas cadernetas de poupança por conta dos planos Bresser (1987), Verão (1989) e Collor I e II (1990). Os poupadores perderam e os bancos auferiram enormes ganhos financeiros. Aliás, os bancos ocupam o segundo lugar na lista dos “100 maiores litigantes” organizada pelo Conselho Nacional de Justiça, e a isso se acrescenta que o Superior Tribunal de Justiça - STJ conferiu vitória importante aos bancos quando reduziu o prazo de vinte para cinco anos para propositura das ações coletivas, exterminando mais de 90% das ações que tramitavam no país; b) Vanessa de Oliveira (2005), após analisar os dados obtidos de um total de 842 ações ajuizadas por associações de classe, sindicatos e partidos políticos contra a política de privatizações, e mais 39 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), relativas ao programa de privatizações, concluiu que “**nenhuma das ações conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal**”. Concluiu igualmente que os juízes têm se eximido de adotar uma postura política ativa de promover uma interferência judicial em âmbito eminentemente político.

econômica do governo federal, porquanto reformas econômicas voltadas para o mercado requerem novo padrão de “segurança jurídica” para o cumprimento dos contratos, o que força o deslocamento de poder do Legislativo para o Judiciário, considerado que o Executivo controla a agenda legislativa e as matérias de interesse do Poder Judiciário tramitam de modo célere, sem óbice do Executivo. Decisões judiciais dos tribunais superiores de afirmação da política econômica do governo federal limitam a atuação das instâncias do Poder Judiciário das unidades subnacionais (estados) na efetivação dos direitos sociais. Para a efetivação dos direitos sociais é necessário maior autonomia das instâncias inferiores do Poder Judiciário frente às súmulas dos tribunais superiores.

A criação do direito pelos tribunais superiores no Brasil configura fenômeno recente, aparentemente em contraposição ao sistema jurídico da *Civil Law*. Todavia, considerada a tendência de aproximação surgida nos países desenvolvidos dos sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, essa contraposição desaparece e inclui no nosso sistema de justiça à regra dos precedentes e a criação do direito pelo Judiciário. A agenda econômica do Executivo federal tem o condão de conformar as agendas do Legislativo e Judiciário, e parece razoável supor que condiciona a formulação de uma jurisprudência em conformidade com a política econômica desenvolvida pelo governo federal, responsabilizando-se o Judiciário junto no sistema de governo. Desse modo, os modelos explicativos justificam cada um em parte a atuação institucional da justiça, contudo o da jurisprudência política parece dar conta do novo papel do Judiciário, principalmente no aspecto político na relação lei e sociedade, da distribuição de poder em uma sociedade que se quer democrática.

A evolução histórica do Poder Judiciário no Brasil teve por objetivo localizar o seu papel no sistema de governo em cada uma das constituições até a de 1988 e a Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu reforma substantiva na organização do Poder Judiciário e no sistema de justiça em geral. A marca do Poder Moderador ainda se expressa nas nossas instituições políticas, tanto em um Executivo hipertrofiado quanto no Legislativo e Judiciário acostumado à intervenção do poder político maior. A partir da Constituição de 1988 o Judiciário da União tem aumentado a sua participação no Orçamento

Geral para enfrentar o aumento de sua estrutura e possibilitar o acesso à justiça e isso implica também em aumento do poder político. Essa preocupação com o orçamento pode ser uma das causas de um Judiciário que tenha por finalidade o seu próprio desenvolvimento, com pouco diálogo com a sociedade. Nesse contexto, os tribunais deliberadamente passaram a criar o direito, aplicando sua jurisprudência para decidir, em vez da lei em sentido estrito, em atendimento às necessidades do Poder Executivo. Com isso, a judicialização de temas políticos tem se tornado comum, frente à possibilidade de se obter decisão favorável a uma determinada demanda, ainda que liminarmente, e independente da lei.

A pesquisa do fenômeno da terceirização de serviços e mão de obra, conjuntura, conceitos, normas, efeitos nas relações de trabalho e perspectivas no Brasil, evidenciou esse papel destinado ao Poder Judiciário. A terceirização de serviços e mão de obra é prática empresarial que diminui as condições gerais de trabalho, e torna a empresa tomadora de serviços (a terceirizante) somente responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas, caso a empresa prestadora de serviços (terceirizada) deixe de fazer o pagamento. Essa responsabilidade subsidiária criada pelo TST torna flexível a condição geral de trabalho no país em nome de um mercado de trabalho mais dinâmico e de custo menor a custa dos direitos dos trabalhadores. Esse papel desempenhado pela Justiça do Trabalho mostra claramente que o sistema judicial está bastante integrado no sistema de governo, e pode ser usado como linha de transmissão da política econômica adotada pelo Executivo federal, um *veto player* bastante controlado.

A Justiça do Trabalho, como demonstrado no decorrer do trabalho, nasceu para judicializar conflitos sociais decorrentes da relação capital e trabalho, e assim, de forma pioneira detinha poder para normatizar e dispor sobre as relações de trabalho e intervenção no domínio econômico, claro que de modo bastante controlado pelo Executivo. Isso se estendeu didaticamente para outros ramos do Judiciário, servindo de modelo o uso da jurisprudência em vez de lei no sentido estrito, e isso com mais propriedade com o advento da súmula vinculante.

Não há dúvida da força política do Judiciário quanto a exercer o controle da constitucionalidade e atos dos demais poderes, e por isso a

necessidade de ser melhor e amplamente pesquisado. Também há de se reconhecer que cada vez mais os entendimentos consolidados dos tribunais superiores tem conotada força política, e nesse sentido pode-se falar da jurisprudência política.

A reforma do Judiciário levada a efeito pela Emenda Constitucional 45/2004, modificou a estrutura do sistema judicial, com a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com a pretensão de expurgar do Supremo Tribunal Federal a análise da matéria de cunho administrativo do Judiciário, e ao STF incumbiria somente a análise de matéria constitucional. Passados alguns anos, verifica-se que essa modificação não é suficiente à aproximação do Judiciário à população. A força política do Judiciário pende à realização da política econômica do Executivo e a atividade legiferante vai de encontro à efetivação dos direitos sociais. O sistema judicial brasileiro não é democrático e avesso à participação social na sua estrutura, e espera-se que na próxima reforma do sistema contemplem-se propostas de sua democratização, com eleição dos juízes para compor os tribunais superiores e o fim da súmula com efeito vinculante, na prática e formalmente.

Por fim, espera-se que esse trabalho contribua de alguma forma à democratização do Judiciário e que mais pesquisas se sigam e oxalá tenha o Poder Judiciário como objeto de análise.

A terceirização de serviços e mão de obra é prática empresarial que diminui as condições gerais de trabalho, e torna a empresa tomadora de serviços (a terceirizante) somente responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas, caso a empresa prestadora de serviços (terceirizada) deixe de fazer o pagamento. Essa responsabilidade subsidiária criada pelo TST torna flexível a condição geral de trabalho no país em nome de um mercado de trabalho mais dinâmico e de custo menor a custa dos direitos dos trabalhadores. Esse papel desempenhado pela Justiça do Trabalho mostra claramente que o sistema judicial está bastante integrado no sistema de governo, e pode ser usado como linha de transmissão da política econômica adotada pelo Executivo federal, um *veto player* bastante controlado.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. A Revolução de 30 e a Questão Sindical (notas para um debate em curso). *In* A Revolução de 30: seminário internacional realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea da Fundação Getúlio Vargas. Brasília, DF, Ed. Universidade de Brasília, 1982 (Coleção Temas Brasileiros, 54).

ALVES, Giovanni. Dimensões da reestruturação produtiva – Ensaios de sociologia do trabalho. Londrina: Praxis; Bauru: Canal 6, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário e Política no Brasil. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, FAPESP, 1997.

_____. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14, n. 39.

ARANTES, Rogério Bastos e **KERCHE**, Fábio. Judiciário e Democracia no Brasil. Novos Estudos CEBRAP, n.54, julho 1999, pp. 27-41, disponível em: http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/88/20080627_judiciario_e_democracia.pdf

ARAÚJO, Rosalina Corrêa. O Estado de o Poder Judiciário no Brasil. 2ª edição revista. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

BALTAR, Paulo Eduardo de Andrade. Estrutura econômica e emprego urbano na década de 1990 *in* Trabalho, mercado e sociedade – O Brasil nos anos 90 – organizado por Marcelo Weishaupt Proni e Wilnês Henrique. Editora Unesp, 2003.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estud. av.**, São Paulo, v. 14, n. 40, Dec. 2000. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142000000300016&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Oct. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. *Perspectivas – Revista de Ciências Sociais*, v. 41, jan/jun 2012. São Paulo. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>

BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. 4ª edição, Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 4ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993/Reimpressão, 1999.

CARDOSO, Adalberto e **LAGE**, Telma. As normas e os fatos. Desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil. Boitempo Editorial, 1ª edição, 2003.

_____Trabalhar, verbo transitivo – Destinos profissionais dos deserdados da indústria automobilística. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociologia e Política, Curitiba, Vol. 23, p. 115.126, nov/2004.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 31ª edição atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política. Vol. 23, novembro de 2004, pp.115-126, Curitiba.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil – O longo caminho. 9ª edição, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2007.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Trabalho apresentado no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”, no XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu-MG, 22 a 26 de outubro de 1996. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361

COCHRAN, W. G. *Sampling techniques*. New York: John Wiley, 1953.

COELHO, Rogério Viola (org). Democracia e Mundo do Trabalho – O Estado em transformação na perspectiva dos trabalhadores, número 3, dezembro de 2001, Porto Alegre.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

CATTANI, Antonio David (org). Dicionário Crítico sobre Trabalho e Tecnologia. 4ª edição rev. ampl. – Petrópolis: Vozes Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Ed. Ltr, 4ª edição, São Paulo, 2005.

DINIZ, Eli e **BOSCHI**, Renato. Empresários, interesses e mercado. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

DUVERGER, Maurice. Ciência Política – Teoria e Método, 2ª edição, Zahar Editores, 1976.

ENGELMANN, Fabiano. Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul (tese de doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS. Porto Alegre, setembro de 2004.

_____Internacionalização e Ativismo Judicial: As Causas Coletivas. Revista Lua Nova. n. 69, São Paulo, 2006, pp. 123-146.

_____O espaço da arbitragem no Brasil: Notáveis e *experts* em busca de reconhecimento. Revista Sociologia e Política. Vol. 20, n. 44, Curitiba, Nov. 2012.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. *In* Obras Escolhidas, Volume 3. Editora Alfa-Omega, São Paulo.

EVANS, Peter B., **RUESCHMEYER**, Dietrich, e **SKOCPOL**, Theda. Bringing the State Back In. Cambridge University Press, 1985.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro. Volumes 1 e 2, Editora Globo/Publifolha, 10ª edição, São Paulo, 2000.

FEREJOHN, John e **PASQUINO**, Pasquale. A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: conceitos de racionalidade em teoria política. RBCS Vol. 16, n. 45 – fevereiro de 2001.

FEREJOHN, John, **ROSENBLUTH**, Frances e **SHIPAN**, Charles. Comparative Judicial Politics. October, 2004. Disponível em: <http://www.yale.edu/leitner/resources/docs/comparativejudicialpolitics.pdf>

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e **LIMONGI**, Fernando. Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional. Editora FGV, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001.

FRIEDMAN, Thomas L. O Mundo é plano: uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro, Objetiva, 2005.

GOMES, Álvaro (org). O trabalho no século XXI – considerações para o futuro do trabalho. Bahia: Sindicato dos Bancários da Bahia, 2001.

GOMES, Ângela de Castro. A Invenção do Trabalhismo. Editora Revista dos Tribunais; Rio de Janeiro, IUPERJ, 1988.

GLOPPEN, Siri, **GARGARELLA**, Roberto e **SKAAR**, Elin. Democratization and The Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies. Frank Cass Publishers, 2004.

GOMES, Angela de Castro, **PESSANHA**, Elina G. da Fonte e **MOREL**, Regina de Moraes. Arnaldo Süssekind um construtor do Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOMES, Angela de Castro Gomes. A invenção do trabalhismo. 3ª edição – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

____ Cidadania e direitos do trabalho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GREENER, Ian. *State of the art. The Potential of Path Dependence in Political Studies. Politics: 2005 VOL 25 (1), 62-72.* Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9256.2005.00230.x/full>

HELMKE, Gretchen e **WOLFSON**, Leandro. *La logica de la defecion : relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo em la Argentina em los periodos de la dictadura y la democracia. Instituto de Desarrollo Económico y Social, Vol 43, n.170 (jul-set 2003), pp. 179-201.* URL: <http://www.jstor.org/stable/3455820>

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.* Harvard University Press, 2004.

KARL, Marx e **FRIEDRICH**, Engels. *Obras Escolhidas.* Editora Alfa-Omega. São Paulo.

KARL, Marx. *O Capital – crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital.* São Paulo, Ed, Boitempo, 2013.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2013, n.96, pp. 69-85.* Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

KREIN, José Dari. *Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil 1990-2005.* Tese de doutoramento apresentada ao Instituto de Economia da Unicamp, Campinas, 2007.

LACROIX, Bernard e **LAGROYE**, Jacques. *Le Président de la République – usages et genèses d’une institution.* Presses de La Fondation Nationale Des Sciences Politiques, 1992.

LIMONCIC, Flávio. Os inventores do New Deal. Estado e sindicatos no combate à Grande Depressão. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009.

LOGUERCIO, José Vieira. Tese de Doutorado - Globalização e Nação no Século XXI, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, UFRGS, 2010.

MACIEL, Débora Alves e **KOERNER**, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova, n.57, 2002.

MARX, Karl. O Capital – Crítica da Economia Política. Livro 1: o processo de produção do capital – São Paulo: Boitempo, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, novembro 2000, pp. 183-202.

MELO, Raimundo Simão de. Ação civil pública na Justiça do Trabalho. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2004.

MOREL, Regina Lúcia M. e **PESSANHA**, Elina G. da Fonte. A Justiça do Trabalho. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v, 19, n. 2, pp. 87-109.

NORTH, Douglass. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil *in* Trabalho, mercado e sociedade – O Brasil nos anos 90 – organizado por Marcelo Weishaupt Proni e Wilnês Henrique. Editora Unesp, 2003.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados* [online]. 2005, vol.48, n.3, pp. 559-686. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000300004>.

OLIVEIRA, Walter e **DROPPA**, Alisson. O Judiciário trabalhista brasileiro e a questão da terceirização de serviços. *Perspectivas Revista de Ciência Sociais*, v. 41, Jan/Jun. 2012, São Paulo. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/3990/4433>

OLIVEIRA, Walter. As novas competências da Justiça do Trabalho. Trabalho e cidadania no Brasil. Elias Medeiros Vieira e Romerio Jair Kunrath (org.). FACOS/UFSM e PPGPOL/UFRGS, 2006.

PIERSON, Paul. *Increasing Returns, Path Dependence, and Study of Politics*. *American Political Science Review* 94 (2), pp. 251-267. Disponível em: <http://chenry.webhost.utexas.edu/core/Course%20Materials/PiersonWk4APSR2000/0.pdf>

PLANELL, José Luis Terrats. El control de la legalidade de los Convenios Coletivos por parte de los poderes públicos. 1ª Ed. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

POCHMANN, Marcio. Raízes da Grave Crise do Emprego no Brasil *in* O Trabalho no Século XXI – Considerações para o Futuro do Trabalho. Álvaro Gomes (org), Editora Anita Garibaldi, 2001.

_____ Pesquisa encomendada pelo SINDEEPRES “A superterceirização dos contratos de trabalho”. Disponível em: http://www.bancax.org.br/br/admin/noticias/arquivos/5be45325eb3947d508e7b2cb2c37069f1601_arqui.pdf

POCHMANN, Marcio e **BORGES**, Altamiro. “Era FHC” – A Regressão do Trabalho. Editora e Livraria Anita Ltda, 2002.

PRILLAMAN, William C. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America – Declining Confidence in the Rule of Law*. Praeger Publishers, 2000.

RODRIGUES, Aluisio (org). *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Leôncio Martins. Destino do sindicalismo. 2ª Ed. São Paulo: Editora da USP: Fapesp, 2002.

RODRIGUES, Iram Jácome (org). O novo sindicalismo vinte anos depois. Editora Vozes Ltda, EDUC e Unitrabalho. Petrópolis, Perdizes, 1999.

ROTHSTEIN, Bo. Political Institutions: An Overview. *In* A New Handbook of Political Science. Edited by Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann. Oxford University Press, New York, 1996.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição *in* Cadernos Adenauer XI, n. 1 – Reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, março de 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza, **MARQUES**, Maria Manuel Leitão, e **PEDROSO**, João. Os tribunais na sociedade contemporânea. N. 65, nov/1995. Oficina do CES. Centro de Estudos Sociais, Coimbra.

SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional – Como mudam as constituições. Editora Universidade de Brasília, 1996.

SHAPIRO, Martin & **SWEET**, Alec Stone. On Law, Politics, e Judicialization. Oxford University Press, 2002.

SILVA, Fernando Teixeira da. Entre o acordo e o acórdão: a Justiça do Trabalho paulista na antevéspera do golpe de 1964 *in* A Justiça do Trabalho e sua História: os direitos dos trabalhadores no Brasil. (Orgs): Angela de Castro Gomes e Fernando Teixeira da Silva – Campinas. SP, Ed. Unicamp, 2013.

SWEET, Alec Stone. Governing With Judges – Constitutional Politics in Europe. Oxford University Press, 2000.

SILVER, Beverly J. Forças do Trabalho – movimentos de trabalhadores e globalização desde 1870. São Paulo: Boitempo, 2005.

TAYLOR, Matthew M. Judging Policy: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford University Press, 2008.

TATE, C. Neal & **VALLINDER**, Torbjörn (Edited by). The Global Expansion of Judicial Power. New York University Press, 1995.

TSEBELIS, George. Veto Players: how political institutions works. Princeton University Press, 2002.

_____ Jogos Ocultos. Edusp, São Paulo, 1990.

_____ Processo Decisório em Sistemas Políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo.

Disponível

em:

http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06

URIARTE, Oscar Ermida e **COLOTUZZO**, Natalia. Descentralización, Terceirización, Subcontratación. Oficina Internacional del Trabajo. 1ª edición, Proyecto Fortalecimiento de los Sindicatos antes los nuevos retos de la Integración em América Latina – FSAL, 2009. Disponível em: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf

VARUSSA, Rinaldo José. Trabalhadores e a Construção da Justiça do Trabalho no Brasil (décadas de 1940 a 1960). Ed. LTr, São Paulo, 2012.

VIANNA, Luiz Wernneck; **CARVALHO**, Maria Alice Resende de; **MELO**, Manuel Palácios Cunha e **BURGOS**, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 1ª edição.

____ *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

____ *Liberalismo e sindicato no Brasil*. 4ª edição revista. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Elias Medeiros e **KUNRATH**, Romerio Jair (orgs). *Trabalho e cidadania no Brasil*. Santa Maria/ Porto Alegre: FACOS-UFSM/ Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Ufrgs, 2006.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego – Estrutura legal e supostos*. 2ª edição, rev., atual. E aum. – São Paulo LTr, 1999.

Dicionário Crítico sobre Trabalho e Tecnologia. Antonio David Cattani (Organizador). 4ª edição, revista e ampliada. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2002.

Dicionário de Ética Econômica / Editado por Georges Enderle et al.; Traduzido por Benno Dischinger et al. – São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1997.

Relatório Técnico – O Processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil. Sistema de Acompanhamento de Contratações Coletivas – SACC-DIESSE. Disponível em:
http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf

