



OPINIÃO

O Supremo, o Iluminismo e a reforma trabalhista: vanguarda reversa?

24 de abril de 2018, 17h24

Por João Luiz Rocha do Nascimento

Não é de hoje que o ex-ministro Eros Roberto Grau demonstra preocupação com o discurso dos juízes^[1]. Por último, isso se deu com a publicação, no jornal *O Globo*, do artigo intitulado "Juízes que fazem as próprias leis"^[2].

No artigo, Eros Grau lembra que independência e harmonia entre os poderes constituídos, por força do que cada um dos três deve se limitar a exercer as funções que lhes são reservadas, são conquistas que se confundem com o surgimento do Estado moderno, daí que ao Judiciário não cabe legislar, embora essa prerrogativa venha sendo apropriada pelos juízes, numa invasão que ele chama de alarmante, pois, no limite, importa no poder de fazer e alterar leis.

Deixa claro que não se trata de negar independência, mas, numa democracia, juízes devem se submeter à lei e garantir sua aplicação, salvo violação constitucional, hipótese em que deve declará-la inconstitucional. Nenhum avanço a mais, uma vez que a substituição de preceitos assim declarados é tarefa exclusiva do Legislativo.

Por isso sua preocupação, visto que a apropriação da função de legislar fica mais evidente quando examinadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da descriminalização do aborto, tida como um exemplo privilegiado. Para ele, muito embora as hipóteses sejam apenas as previstas no artigo 128 do Código Penal, o STF acrescentou mais duas: em abril de 2012, na ADPF 54, ao declarar inconstitucional interpretação que considere crime a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e, mais recentemente, quando disse que não se constitui fato típico a interrupção da gravidez até o terceiro mês.

Para Eros Grau, tanto numa como noutra hipótese, a decisão do STF — que agride a Constituição na medida em se arroga no poder de legislar — pode ser lida como quem diz: embora a lei diga que é crime, o STF diz que não é e acabou-se.

Aparentemente, a irresignação do ministro aposentado, quando cita a questão do

aborto, tem endereço certo: o ministro Luís Roberto Barroso, que é quem defende uma postura vanguardista para o Supremo, deixando claro que ele deve exercer o mesmo papel do Iluminismo na renovação do Direito na Europa durante o século XVIII, embora os contextos históricos que deram origem à ilustração não guardem relação, sob qualquer perspectiva (histórica, cultural, social, política ou jurídica), com o atual cenário brasileiro, mesmo porque o paradigma que ele invoca é a corte Warren dos EUA.

Demonstrando a mesma preocupação, Bruno Torrano, em artigo publicado neste jornal[3], indaga se é possível atribuir uma função “iluminista” ao STF, se é indispensável e se a população brasileira necessita de uma cúpula formada por 11 juízes com a atribuição de “empurrar, de cima para baixo, a sociedade civil para uma determinada direção ética considerada indispensável à evolução de consciência”.

O ministro Luís Roberto Barroso entende que sim, e, na sua cruzada, reivindica o papel de protagonista para o STF, que, se preciso, deve empurrar a história. Como justificava, em diversas oportunidades, e a mais recente se deu na *Ilustríssima*, da *Folha de S.Paulo*[4], tem declarado, e o faz como se estivesse entoando um mantra, que a história, algumas vezes, anda devagar, noutras, rápido, sendo difícil prever quando ocorrerá um caso ou outro, o que não importa, pois o papel do STF é o de “empurrar a história” a serviço da causa da humanidade.

De tanto replicar, já são por demais conhecidas suas ideias acerca da função das supremas cortes, em especial a do STF, resumidas em três grandes papéis: *contramajoritário*, *representativo* e o de *iluminista*.

Dos três, o de *iluminista*, que tem provocado maior discussão, ocorre quando, diz Barroso, a suprema corte, em situações excepcionais, de forma parcimoniosa e com autocontenção, promove certos avanços sociais, mesmo contra o sentimento majoritário. Contra a lei, diga-se, como foram as decisões nos casos da descriminalização do aborto e das uniões homoafetivas equiparadas às uniões estáveis comuns, medida que abriu caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A propósito, ao falar dos três papéis, não é prematuro dizer que, nas entrelinhas, sua verdadeira pretensão — como quem busca uma legitimação — é a de pôr em destaque o terceiro deles, o mesmo que, muito provavelmente, levou Eros Grau a dizer por que tem medo dos juízes. Isso fica claro quando, em outro momento, o ministro declarou que, no mundo de hoje e diante de uma sociedade complexa que dificulta o papel do legislador, a função judicial sofreu uma espécie de *upgrade*, e para muitos problemas a subjetividade, que é inevitável, quer se goste ou não, é que vai oferecer a solução, pois há uma nova realidade que expande o papel do Judiciário[5].

O problema, contudo, não se resume entre gostar ou não, mas, sim, nos rumos que a subjetividade pode tomar. Aliás, dependendo da perspectiva, não há nem mesmo garantia de que o próprio STF caminhe numa mesma direção, isso porque o ativismo tanto pode mostrar uma face progressista como conservadora.

Cautela, parcimônia e autocontenção são as balizas, tem dito o ministro, a serem observadas no exercício do referido papel. É como se apostasse no privilégio cognitivo iluminado dos ministros que compõem a mais elevada corte. O problema é saber como e de que forma essa pretensa autocontenção será exercida.

Em artigo publicado na *Ilustríssima*, Barroso deu um indicativo de como isso se dará ao pontuar o caso dos recursos extraordinários submetidos ao STF. Nem todos serão julgados, apenas os selecionados. Para esse fim, lança mão de uma régua: os contemplados serão apenas os aptos a serem apreciados no prazo de um ano. E quanto ao destino daqueles que não serão aquinhoados? A solução é deveras simples: permanecerão no limbo e transitarão em julgado. E veja só: segundo o ministro, a seleção deverá ser feita mediante critérios *discricionários, mas transparentes*, o que levou Lenio Streck a indagar no que consistiria essa tal discricionariedade transparente^[6].

Numa palavra, é aquilo de que fala Bruno Torrano: não se sujeitando a qualquer tipo de limite externo, nem mesmo ao do texto constitucional, pois a prerrogativa de estabelecê-los será do próprio STF, fica claro que o viés *vanguardista* é marcadamente subjetivo, o que, aliás, ressalta, ficou evidenciado numa fala de Barroso ao citar o caso da gestação de fetos anencefálicos: “Vanguarda mesmo teria sido se tivesse acolhido a tese que eu insisti: poder interromper a gestação em nome do direito fundamental da mulher à liberdade reprodutiva. Este teria sido o verdadeiro avanço. Mas o Tribunal não estava preparado para ir tão longe”^[7].

Com Bruno Torrano se pode dizer que, ao fim e ao cabo, o verdadeiro propósito da cruzada iluminista é justificar uma postura ativista, com uma agravante: pode atrair, por arrastamento, todos os membros do Judiciário, afinal, por que somente os juízes do STF teriam um privilégio cognitivo descomunal? Basta imaginar, como sugere Torrano, o que pode acontecer com as expressões “avanços civilizatórios” e “empurrar a história” nas mãos de diferentes magistrados com diferentes concepções (pessoais) de justiça. Numa palavra: a sociedade pode ser empurrada tanto para um avanço civilizatório como para o retrocesso.

E é nesse cenário que se insere a questão da reforma trabalhista decorrente da Lei 13.467/17, que, aprovada em meio a uma verdadeira *blitzkrieg* em matéria de processo legislativo, promoveu alterações em mais de duas centenas de dispositivos da CLT.

Trata-se de uma reforma — cuja constitucionalidade, pra dizer o mínimo, a julgar pela quantidade de questionamentos no STF, é discutível — em meio a um cenário no qual, passados quase 30 anos de Constituição Federal, boa parte das promessas do artigo 7º sequer foi cumprida, referindo-se, por todos, ao inciso I do artigo 7º, que prevê a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

De fato, mal passados cinco meses de vigência, tramitam no STF pelo menos 18 ações diretas de inconstitucionalidade questionando a conformidade da Lei 13.467/17 com a Constituição Federal nas perspectivas material e processual.

De acordo com o calendário de julgamentos recentemente publicado no site do STF, três dessas ações foram pautadas para o dia 3 de maio. Dentre elas, sobressai-se a ADI 5.766, de autoria da Procuradoria-Geral da República, tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso, na qual se discute a repercussão da reforma trabalhista no acesso à Justiça em razão da mudança de tratamento dado à garantia da Justiça gratuita e a institutos como os honorários advocatícios e perícias.

O que esperar então de nossa corte suprema? Difícil resposta. Mas há um indicativo (ruim) da parte do ministro que reivindica para o STF o papel de farol da sociedade e que ultimamente deixou no ar a ideia de que aquela corte deve estar alinhada não exatamente à Constituição, como é de se esperar de um órgão que tem a prerrogativa de errar por último, e sim à vontade da maioria^[8].

Trata-se de fato público e notório o de que nosso país ainda convive com o trabalho escravo (ou em condições análogas) e com a exploração do trabalho infantil, só para dizer de duas das chagas que bem demonstram o nível civilizatório em que se encontra a sociedade brasileira. Em matéria de Direito do Trabalho, pois, o avanço não foi tão grande, e o que se espera é que pelos menos não haja retrocesso social, vedado que é pelo *caput* do artigo 7º da Constituição Federal.

Contudo, o ministro Barroso, relator da ADI 5.766, já disse que o excesso de proteção ao trabalhador é um problema^[9] e, sem apresentar qualquer dado estatístico, confiando apenas em informações do dono de uma rede de lojas de departamento, afirmou que o Brasil é o país onde existe maior número de litígios trabalhistas. Nem sequer cogitou, sendo verdadeiros os números, os motivos. E mais: colocou-se a favor da reforma trabalhista.

Da referida declaração, é razoável intuir que, no que se refere às relações do trabalho, o ministro defende que o empurrão que o STF — e o histórico da leitura que faz dos direitos sociais nem sempre foi favorável aos trabalhadores — deve dar à história é para trás, quem sabe de volta ao século XIX.

Muito embora o cenário não seja animador, não devemos esquecer, como lembra o desembargador Arnaldo Boson Paes, do TRT-22, que “o Supremo Tribunal Federal, como guardião das promessas constitucionais, tem a grave responsabilidade de assegurar o respeito aos valores humanistas e sociais que envolvem o trabalho humano”[\[10\]](#).

Noutras palavras, antes de se reivindicar para o STF o papel de iluminista, primeiro deve-se exigir o cumprimento do dever básico de guardião da Constituição, o que significa, no caso do direito social do trabalho, preservar os direitos mínimos já alcançados pelos trabalhadores brasileiros. Para isso, nem precisa ser iluminista, basta exercer bem a função contramajoritária.

Dizendo de outro modo: não se quer que o STF atue para além de suas funções, como se fosse uma terceira casa do Congresso, pois, como bem disse Lenio Streck, em um dos artigos que integram a pentalogia sobre a reforma trabalhista publicada aqui na ConJur[\[11\]](#), “fazendo-se uma boa leitura da Constituição, respostas adequadas podem ser construídas”[\[12\]](#).

Pensar de modo diferente, acrescentamos, é como quase admitir que, em matéria de relações de trabalho, o efeito da vanguarda iluminista se dê de forma reversa.

Ou para lembrar o ministro Gilmar Mendes, um dos pares do ministro Barroso e com o qual, ultimamente, a convivência não tem sido muito amistosa. Basta que ali naquela casa se beba da água normal[\[13\]](#). Quem sabe assim, numa futura edição, Eros Grau modifique o título do livro, introduzindo um advérbio de negação: “Por que não tenho medo dos juízes”.

[\[1\]](#) Grau, Erro Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[\[2\]](#) <https://oglobo.globo.com/opiniaio/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275>.

[\[3\]](#) <http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>.

[\[4\]](#) <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>.

[\[5\]](#) <https://www.jota.info/justica/stf-vive-momento-complexo-diz-barroso-12122016>.

[\[6\]](#) <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discrecionalidade-transparente-barroso>.

[\[7\]](#) <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>.

[\[8\]](#) <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/stf-obedecer-sentimento-social-filtrado-razao-barroso>.

[9] <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/excesso-protecao-trabalhador-problema-barroso>.

[10] <https://www.anamatra.org.br/artigos/26246-o-stf-e-a-reforma-trabalhista>.

[11] Pela ordem: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-17/senso-incomum-grande-ideia-extinguir-justica-trabalho>; <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>; <https://www.conjur.com.br/2017-nov-16/senso-incomum-filosofo-perguntou-americanos-nao-vem-curtir-nossa-clt>; <https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/streck-juristas-nao-trairam-direito-reforma-trabalhista>; <https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>.

[12] <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>.

[13] A referência é à crítica feita pelo ministro Gilmar Mendes à decisão do ministro Luiz Fux que, monocraticamente, anulou a votação da Câmara sobre o projeto das dez medidas contra a corrupção e determinou que o Senado o devolvesse para a Câmara para nova apreciação. Na ocasião, Gilmar disse que o STF vivia momentos esquisitos, pois a toda hora surgia um “surto decisório” que não correspondia às tradições daquela corte, oportunidade em que conclamou seus pares a fazer uma reflexão sobre essas posturas e pediu mais respeito à harmonia e independência entre os poderes. Não sabendo a quem atribuir os tais surtos decisórios, ironicamente, concluiu dizendo: “Não sei se é a água que estamos bebendo no tribunal ou seja lá o que for, mas vivemos momentos esquisitos e temos que ser mais cuidadosos”. A notícia completa pode ser conferida aqui: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ao-criticar-liminar-de-fux-gilmar-diz-que-stf-vive-momento-esquisito,10000094719>.

João Luiz Rocha do Nascimento é juiz do Trabalho do TRT-22, mestre e doutorando em Direito Público pela Unisinos.

Revista Consultor Jurídico, 24 de abril de 2018, 17h24