



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

**(RE)PENSANDO O PRINCÍPIO  
DA PROTEÇÃO NA  
CONTEMPORANEIDADE.**

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Salvador, 2006.

**Murilo Carvalho Sampaio Oliveira**

**(RE)PENSANDO O PRINCÍPIO DA  
PROTEÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE.**

Dissertação do Programa de Mestrado em  
Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal da Bahia, na área de  
Direito Privado, na Linha de Pesquisa  
Instituições de Direito Privado  
Interferentes na Atividade Econômica.

Orientador: Prof. Luiz de Pinho Pedreira  
da Silva.

Salvador, 2006.

## TERMO DE APROVAÇÃO.

Esta dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – PPGD – UFBA.

---

Prof. Doutor Edivaldo Brito  
Coordenador do da PPGD-UFBA,

Salvador, de de 2006.

Banca Examinadora:

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos seguintes professores.

---

Prof. Livre Docente Luiz de Pinho Pedreira da Silva  
Universidade Federal da Bahia

---

---

## AGRADECIMENTOS

É dever agradecer. Tratar-se, em verdade, de anotar imprescindíveis apoios, companheirismos e inspirações, revelando que a gratidão impõe-se cotidianamente, pela simples graça do compartilhar vidas e possibilidades.

Aos meus pais, Marlete e Carlinhos, advogados trabalhistas, que atuam em defesa dos trabalhadores e de seus sindicatos, dedicando suas vidas, inclusive a familiar, aos sonhos e a Justiça. São meus paradigmas, os quais tento me equiparar.

Ao meu amor, Mirtes, que, vivificando o amor pleno, prosseguiu companheira, renunciando muitas horas de afeto, sendo mais que compreensiva e, ainda, ajudando na sua atenção. Sem ela, isto não se realizaria.

Grandes amigos e companheiros merecem o registro. A Carlos Freitas, Prof. da UEFS, que me acompanhou desde do projeto, concedendo o apoio crítico necessário. A Lucas, amigo distante, mais tão perto e solidário nas inquietantes dúvidas.

Não há como esquecer, apesar da distância temporal, das bases sólidas de minha formação, às quais devo muito mais que agradecimentos, são: SAJU - UFBA, CARB - UFBA e a Associação de Advogados de Trabalhos Rurais – AATR.

Ao Mestrado em Direito da UFBA que, no contexto de contradições, sacrifícios e divergências, cumpriu seu papel: colaborou na preparação para a docência e para a vida acadêmica. Aos colegas de mestrado que foram companheiros desta empreitada.

Aos meus orientadores. Mestre Pinho, com a sua história e profundidade que falam por si e a Rodolfo pelo carinho e cuidado indispensável para uma vida de mestrando.

Aos trabalhadores que, dia a dia na hipossuficiência, dão o testemunho de suas vidas sobre as necessidades das conclusões apontadas. Muito obrigado.

Uma das mais bonitas idéias é a de um Direito do Trabalho que, de uma vez para sempre, na luta entre o Capital o Trabalho, ponha o primeiro, e a Economia em si, a serviço do segundo. (DE LA CUEVA; 1969, p. 7)

## RESUMO

A presente dissertação objetiva tratar do Princípio da Proteção nas relações contemporâneas de trabalho, desde sua origem e suas funções clássicas no Direito do Trabalho. Inicia tratando causas e conseqüências da chamada Crise do Direito do Trabalho, identificada, nas relações entre pós-modernidade, globalização e neoliberalismo, com as crises do Estado, da Ciência, do Direito e do Trabalho e suas repercussões: a flexibilização, desregulamentação e terceirização. Enquanto alternativa à crise, duas correntes doutrinárias antagônicas: flexibilista e protecionista. Na opção pela segunda corrente, faz a investigação dos aspectos jurídicos da Crise da Subordinação Jurídica e das novas formas de trabalho, analisando, inicialmente, a gênese e a ontologia trabalhista, que confirmam seu caráter protetivo. Adiante, o estudo dos critérios de aplicação do Direito do Trabalho (da proteção), com ênfase na subordinação jurídica e dependência econômica, confrontada com a recente categoria da parassubordinação, a qual, junto às demais mudanças na engenharia produtiva (externalização e reestruturação) demonstram a crise da subordinação e a necessidade de um novo critério para aplicação da proteção. Conceituou-se os princípios conexos do Princípio da Proteção, como o da norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*, e examinou-se as questões polêmicas frente às recentes decisões dos Tribunais Trabalhistas. Foram consignados os principais argumentos que articulam a crise do Princípio da Proteção, com correspondente réplica protecionista. Cogitou-se, ao final, o Repensar do Princípio da Proteção, tanto pela persistência da hipossuficiência, como na defesa da força normativa e vinculante dos princípios constitucionais trabalhistas. Defendeu-se, ainda, o expansionismo do juslaboralismo, reforçado pela nova competência da Justiça do Trabalho e pela experiência italiana do Contrato a Projeto, reiterando algumas hermenêuticas protetivas e algumas especulativas (dependentes de inovação legislativa).

**Palavras chaves:** Princípio da Proteção; Direito do Trabalho; crise; hipossuficiência.

## ABSTRACT

The objective of this thesis is the Protection Principle in work contemporary relations since its origin and its classic functions in Work Law. The thesis begins with the causes and consequences of the so called Work Law Crisis that is identified, in the relations between pos-modernity, globalization and neoliberalism, with the State, the Science, the Law and the Work crisis. The repercussions of this crisis are the flexibilization, deregulation and outsourcing. There are, as crisis alternative, two doctrinal antagonistic tendencies: the flexibility and the protectionism. The thesis makes its option for the second one and investigates the juridical aspects of the Juridical Subordination Crisis and of the new kinds of work, beginning with the laborism genesis and ontology, confirming its protective character. Then, there is the study of the criterion of protection application in Work Law, with emphasis in juridical subordination and economic dependence, in front of the late category – parasubordination – and the other changes in productive engineering, as external direction and new structures that show the subordination crisis and the necessity of a new criterion for protection application. It presents the concepts of Protection Principle connected principles, like the most favourable norm, the most benefiting condition and the *in dubio pro operario* and examines polemic questions in late Labor Tribunals decisions. The thesis presents also the main arguments to show the protection principle crisis and there protectionist responses. At last, the possibility of a New View on Protection Principle, for the hyposufficiency permanence and in defense of the normative and linking force of labor constitutional principles. And the defense of expansionism of Work Law with some known protective and other speculative hermeneutics, what is reinforced by Labor Justice new competences and by the Italian experience called *Contrato a Progetto*.

**Key-words:** Protection Principle; Work Law; crisis, hyposufficiency.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo.

BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CUT – Central Única dos Trabalhadores

DIEESE – Departamento Intersindical de Estudos e Pesquisa sobre o Emprego

E. – Enunciado.

EC – Emenda Constitucional

FMI – Fundo Monetário Internacional

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

MP – Medida Provisória

OIT – Organização Internacional do Trabalho.

OJ – Orientação Jurisprudencial do TST.

PNB – Produto Nacional Bruto

RMS – Região Metropolitana de Salvador.

SDI – I – Seção de Dissídios Individuais I do TST

TRT – Tribunal Regional do Trabalho.

TST – Tribunal Superior do Trabalho

STF – Supremo Tribunal do Trabalho.

# SUMÁRIO

<b>1 APRESENTAÇÃO.</b>	12
1.1. PRELÚDIO.	12
1.2. CRISES E SUPERAÇÃO.	13
1.3. TEMA-PROBLEMA.	14
1.4. JUSTIFICATIVA.	18
1.5. METODOLOGIA.	19
1.6. ORGANIZAÇÃO DAS IDÉIAS.	21
<b>2 CRISE DO DIREITO DO TRABALHO.</b>	23
2.1 CRISE.	23
2.2 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO.	24
2.3 A CRISE DO ESTADO.	27
2.4 A CRISE DA CIÊNCIA.	33
<b>2.4.1. A Crise do Direito</b>	36
2.5. A CRISE DO TRABALHO.	39
2.6. REFLEXOS DA CRISE.	47
<b>2.6.1. Redução de Custos.</b>	47
<b>2.6.2. Flexibilização.</b>	50
<b>2.6.3. Precarização.</b>	53
<b>2.6.4. Terceirização.</b>	55
<b>2.6.5. Heterogeneização.</b>	58
2.7. A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E SUAS TENDÊNCIAS.	61
<b>3 CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA.</b>	66
3.1. INTRÓITO.	66
3.2. GÊNESE.	66
3.3. ONTOLOGIA TRABALHISTA.	70
3.4. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.	77
3.5. TEORIA DA DEPENDÊNCIA.	81

3.6. TEORIA DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	85
3.7. CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA.	91
3.8. PARASSUBORDINAÇÃO.	100
3.9. NECESSIDADE DE NOVO(S) CRITÉRIO(S).	107
<b>4 CRISE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.</b>	<b>112</b>
4.1. PRENÚNCIO.	112
4.2. OS PRINCÍPIOS NO DIREITO.	113
4.3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.	118
4.4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.	123
4.5. PRINCÍPIO <i>IN DUBIO PRO OPERARIO</i> .	128
4.6. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL	133
4.7. PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA.	138
4.8. CRISE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.	142
4.9. FLEXICURITY.	149
4.10. REAFIRMANDO O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.	152
<b>5 REPENSANDO O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.</b>	<b>157</b>
5.1. VÉSPERA.	157
5.2. DA (VISÍVEL) PERSISTÊNCIA DA HIPOSSUFICIÊNCIA À REAFIRMAÇÃO DA PROTEÇÃO.	158
5.3. UMA GUINADA PRINCIPIOLÓGICA.	167
5.4. UMA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL NORMATIVA.	172
5.5. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: PROPORCIONALIDADE, PONDERAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO.	177
5.6. O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO E AS IMPLICAÇÕES DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (EC 45).	185
5.7. AMPLIAR A PROTEÇÃO: DA DESBOTADA SUBORDINAÇÃO À DEPENDÊNCIA SEM ADJETIVOS.	192
5.8. HORIZONTE DE PERSPECTIVAS: O EXEMPLO ITALIANO DO CONTRATO A PROJETO.	200

5.9. NOVAS (E VELHAS) HERMENÊUTICAS TRABALHISTAS PROTETIVAS.	204
5.10. OUTRAS PROPOSTAS DIGNIFICANTES E PROTETIVAS: PARA UM NOVO DIREITO DO TRABALHO.	209
5.11. UTOPIA: ESPERANÇAS E PERSPECTIVAS.	214
<b>6 CONCLUSÕES.</b>	218
<b>REFERÊNCIAS.</b>	221

## Capítulo I – Apresentação.

Este é tempo de partido  
 Tempo de homens partidos.  
 Em vão percorremos volumes,  
 Viajamos e nos colorimos.  
 A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua.  
 Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.  
 As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.  
 Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra.  
 [...]

Calo-me, espero, decifro.  
 As coisas talvez melhorem  
 São tão fortes as coisas!

**Carlos Drummond de Andrade (2002, p. 38).**

### 1.1. Prelúdio

O tempo de partido de Drummond faz-se tempo presente, no qual os homens estão divididos entre a crise que os consome e as esperanças que emergem. “Nosso tempo” permanece atual, vivificado nos reclames por carne, fogo e sapatos, enquanto os direitos, suas declarações e normatizações não bastam.

Depara-se, atônita e paradoxalmente, com “as coisas” – o sistema social, o Estado, a ciência, a técnica, na constante expectativa da melhoria. No entanto, as (outras) “coisas” – o Capitalismo, os interesses, a luta pelo poder e por sua manutenção, são tão fortes, que não permitem sua transformação, fazendo o homem novamente partido.

Enquanto categoria central da sociedade, o trabalho firma-se, de igual modo, em um intenso paradoxo. Libertou o homem da natureza, embora tenha escravizado o homem pelo outro homem. Enaltece o autor, coisifica o operário. Seria sinônimo de alegria, conquanto fosse livre e desejado, a emancipação do homem, porém, enquanto uma necessidade inarredável, expressa obrigação sofrida. Deveria ser saúde, entretanto tem

causado doenças, acidentes e mortes. Suga a vida nas horas extraordinárias, como a nega no desemprego. Serve à alienação, mas também clama pela transformação.

A polissemia do *trabalho* é intrinsecamente contraditória, como são seus sentidos. Por isso, assiste razão à Boaventura de Sousa Santos: “Vivemos num mundo que tanto esgota as pessoas pelo trabalho como pela falta dele.” (SANTOS, 2005, p. 30). Tais contradições realçadas ou refeitas na contemporaneidade cultivam a idéia de perplexidade que envolve toda esta pesquisa. Tal perplexidade das possibilidades e realidades resume-se na idéia de crise.

## **1.2. Crises e Superação.**

A temática da crise será recorrente neste trabalho. Ao contrário do que se imagina, afirma a crise não implica a assunção de uma postura negativa ou imobilizante. É justamente pelo reconhecimento e estudo dos problemas que emergem que se pode vislumbrar ou conjecturar soluções, caminhos e respostas, ainda que errôneas, incompletas e transitórias. Dessa maneira, entender as crises constitui a condição para sua superação.

Assim, a presente dissertação, em razão do referencial teórico e metodológico (adiante exposto), abordará as sucessivas crises que acometem o Direito do Trabalho, seus institutos e interpretações, frente ao cenário contemporâneo das relações de trabalho. Pretende-se, assim, analisar o princípio da proteção trabalhista no atual contexto socioeconômico frente às novas relações de trabalho.

A primeira tarefa é reconhecer o descompasso entre o instituído e o praticado, entre o desejado/planejado e o concretizado. Todavia, não se intenta aderir a discursos economicistas e flexibilistas, mas tão somente reconhecer a crise e cogitar possibilidades de solução. Arion Sayão Romita identifica com precisão o cenário crítico no Direito do Trabalho.

[...] a expressão só pode aludir a um sentido empírico-prático: deve referir-se à inadequação dos instrumentos legislativos vigentes, imprestáveis ante as novas exigências de uma quadra econômica particularmente difícil, marcada pela recessão, pela ameaça constante de fechamento de empresas, e de conseqüente desemprego, e pelo aviltamento do nível real dos salários, única fonte de subsistência do trabalhador e sua família. (ROMITA, 2005, p. 133-134).

Situada a inadequação, cumpre introduzir o tema-problema.

### **1.3. O tema-problema.**

Afirma-se que o Direito do Trabalho é ontologicamente protetivo, em virtude de sua formação histórica. No seio da sociedade do Século XVIII, marcada pela expansão capitalista e pelo pensamento liberal, exsurge um novo ramo do Direito, a partir das ações e reivindicações da coletividade dos trabalhadores. Proveniente, diretamente, do mundo fático, o Direito do Trabalho nasceu com eminência e particularidade na seara jurídica. No contexto em que a igualdade jurídica era basilar, o Direito do Trabalho afirma a desigualdade como fundamento de sua existência, inferindo sua necessidade na proteção do hipossuficiente. No dizer de Sussekind “é o produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários.”(2003, p. 13).

A ontologia do Direito do Trabalho, perpassada pelas ideologias do liberal-individualismo, socialismo utópico, socialismo científico e reformismo cristão, afirma indubitavelmente sua centralidade na proteção ao trabalho. Entretanto, a proteção ao trabalho implica, em verdade, em proteção ao homem, posto que o valor a ser protegido não é o resultado em si do trabalho, mas seu ator/produtor. Mário de La Cueva sugere que

a finalidade imediata do Direito do Trabalho é elevar os níveis de vida dos homens para que possam desfrutar do espetáculo da natureza e dos bens produzidos pelo trabalho material e intelectual de nossos antepassados e pela ação criadora daqueles que convivem conosco. (1965, p. 9)

Não obstante fundar-se na proteção ao trabalhador, o Direito Positivo do Trabalho concentra sua normatividade estritamente na regulação do trabalho subordinado. Pode-se intitulá-lo de Direito do Emprego, pois, como dizia Martins Catharino (1982, p. 218), trata somente do “Contrato de Emprego”. Rodrigues Pinto crítica a expressão Direito do Trabalho, porque “ela peca por alcançar demais”(1997, p. 52). Assim, verifica-se que historicamente o Direito do Trabalho sempre foi associado ao emprego, embora a relação de emprego seja somente uma espécie do gênero relação do trabalho.

A perquirição etimológica sobre a noção de trabalho constata a polissemia do termo (ALBORNOZ, 2001, p. 46-47). Na matiz latina, encontramos *labor* (trabalho braçal) e *operare* (trabalho criativo). Na matiz grega, identifica-se a *práxis* (atividade discursiva,

política e não produtiva), a *poesis* (atividade produtiva e técnica) e o *labor* (esforço mecânico do homem para sua sobrevivência, a exemplo da agricultura e caça). Sussekind define o trabalho como “toda energia humana, física ou intelectual, empregada com fim produtivo.” (2003, p. 3). Ora, a compreensão grega do trabalho não o vincula à produtividade, embora, na sociedade capitalista contemporânea, o trabalho não possa estar dissociado da produtividade. Perante tal pluralidade de concepções de trabalho, como pensar em um sistema jurídico protetivo do trabalhador que somente adstringe-se a uma espécie de trabalho, o emprego?

Na contemporaneidade, as relações de trabalho são caracterizadas pela heterogeneidade das formas de trabalho, notadamente com o declínio da sua espécie clássica: o emprego. Verifica-se a reconfiguração do trabalho na sociedade. Estas novas formas de trabalho são analisadas juridicamente à luz da igualdade formal e da autonomia privada, sendo reguladas pelo Direito Civil. Conseqüentemente, estas novas relações de trabalho não têm proteção legal, desvelando que a utilização de novas formas de trabalho representa uma pretensão de fuga da relação de emprego e da conseqüente proteção legal. Dessa forma, a nova organização do trabalho engendra a crise do emprego, utilizando-se de uma heterogeneidade de formas de trabalho, com a tendência à diminuição da contratação de trabalho através de vínculo empregatício.

Frige-se, de logo, que esta realidade repete o problema da excessiva exploração do trabalhador que culminou no surgimento do Direito do Trabalho, embora o faça através de formas distintas da relação de emprego. Não obstante, tem-se indubitavelmente repetida a condição originária trabalhista: uma parte hipossuficiente que carece de proteção legal ante ao poder econômico do seu tomador de serviços. A desigualdade das partes nestas novas relações de trabalho persiste, ensejando a necessidade de um tratamento diferenciado e protetivo.

Na seara jurídica, a Constituição Federal de 1988, que irradia com seus princípios e valores o sistema normativo, elenca como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (art 1º, III e IV). Para além da constitucionalização da tutela do trabalhador (art 7º), pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a proteção ao trabalho como um dos seus valores fundamentais e objetivos do Estado Brasileiro. Neste contexto valorativo constitucional, o sistema normativo trabalhista tem como objetivo

proteger trabalhadores (expressão literal do art 7º) hipossuficientes, o que enseja a necessidade de repensar-se o princípio da proteção, à luz das formas novas de trabalho existentes na atualidade.

Na era contemporânea, a organização da economia global incorre em uma profunda reestruturação produtiva, baseada no processo de globalização e norteada pelo programa político neoliberal. Os fenômenos do Toyotismo e da reestruturação produtiva provocaram o que se chama de crise do emprego, a partir da heterogeneização das formas de trabalho. Esse processo econômico-social de reorganização das formas de trabalho baseia-se explicitamente no aviltamento da clássica forma de trabalho: o emprego. Ou seja, o crescimento e a criação de formas de trabalho sem proteção legal, tais como o trabalho informal, sub-emprego, trabalho (falsamente) cooperado e os atuais trabalhadores pseudo-autônomos, consubstanciam esta reconfiguração do trabalho, com vistas a fugir da relação empregatícia. Dessa forma, a nova organização do trabalho está plenamente associada, e, quiçá não seja a causa, da crise do emprego.

Nesse sentido, as novas modalidades de trabalho têm sido utilizadas dentro da estratégia geral pós-fordista de externalização. O fenômeno da externalização ou *outsourcing* representa o intento do paradigma pós-fordista em evair-se das obrigações trabalhistas, a partir de novas formas de trabalho. A crise do emprego, então, não pode ser explicada unicamente pelos fenômenos econômicos-sociais supracitados. É assentada, também, na explícita pretensão flexibilizadora e desregulamentadora. Poder-se-ia argumentar que a crise do emprego justifica-se pela existência da proteção tutelar estatal nesta relação de trabalho, enquanto que nas outras prevalece a máxima liberalidade das partes. A reconfiguração do trabalho objetiva, além dos ganhos produtivos, a evasão da proteção peculiar do Direito do Trabalho. Perante a crise do emprego, o sistema protetivo trabalhista urge ser repensado, sob pena de não conseguir oferecer regulação/proteção ao trabalhador contemporâneo.

Partindo da premissa de proteção ao homem e de sua dignidade, o sistema protetivo trabalhista não pode silenciar acerca das diversas formas novas de trabalho que reproduzem a exploração excessiva e abusiva, tal qual a do início da 1ª Revolução Industrial, violando assustadoramente a dignidade do homem trabalhador. Saliente-se os incontáveis trabalhadores prestadores de serviço, alocados em empresas, que, por não

preencher estritamente os requisitos da relação empregatícia (subordinação clássica), não têm qualquer proteção ao seu trabalho. Perante a crise social na qual a sociedade se vê emergida, caberá ao Direito do Trabalho recompor seu sistema normativo para adequar-se à nova realidade sócio-econômica, oferecendo proteção a todo trabalho prestado com pessoalidade e dependência. Rodrigues Pinto assevera o seguinte:

A globalização da economia colocou o Direito do Trabalho frente a frente com um dilema: endurecer suas linhas de estrutura tutelar, montada para responder às condições totalmente ultrapassadas da 1ª Revolução Industrial, ou flexibilizá-la, procedendo a revisão do seu conteúdo dos seus princípios, sem negá-los. (...) A resposta válida do Direito do Trabalho ao estímulo dos fatos só pode ser a recriação de seu conteúdo, aproveitando na medida máxima possível, o lastro original. (PINTO, J, 2000, p. 1493).

A noção de expansionismo, que acompanha o Direito do Trabalho, é indubitavelmente assegurar a proteção àqueles trabalhadores hipossuficientes, o que é corroborado pelos fundamentos constitucionais (dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho - art 1º, III e IV), pelos objetivos fundamentais do art 3º (construir uma sociedade livre e justa; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades; promover o bem de todos) e pelos direitos assegurados aos trabalhadores (art 7º). Tem-se, efetivamente, uma pauta valorativa que deve fazer “[...] uma correção da lei orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos que dela se deduz.”(LARENZ, 1997, p. 484).

Com respaldo nestes valores constitucionais, a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, particularmente a do artigo 3º, deve ser refeita e ampliada. Trata-se de (re)definir o conceito de dependência da CLT, que atualmente é traduzido dogmaticamente (conceito operacional não problematizado) pela doutrina e jurisprudência trabalhista em subordinação jurídica. Esta interpretação técnica de dependência como subordinação resulta na definição restritiva de trabalhador a exclusivamente trabalhador empregado e, por decorrência, com exclusão dos demais trabalhadores. Repensar o princípio protetivo importa criticar a racionalidade dogmática e reprodutiva, conformando uma ruptura epistemológica e interpretativa, com vistas uma maior aproximação da realidade social para uma efetiva proteção aos trabalhadores hipossuficientes. Compreendendo-se a função normativa dos princípios trabalhistas constitucionais, torna-se imprescindível analisar as possibilidades de aplicação do princípio protetivo, ante ao atual contexto das

relações de trabalho, particularmente observando-se a crise do critério da subordinação jurídica e, conseqüentemente, a crise do emprego.

#### **1.4. Justificativa.**

O problema formulado possui interesse e relevância social, haja visto que pretende investigar o princípio protetivo do Direito do Trabalho perante novas modalidades de contratos de trabalho, que não encontram regulação no sistema jurídico, observando-se apenas as normas genéricas do Direito Civil, e, resultando, logicamente, na inexistência de proteção aos trabalhadores hipossuficientes envolvidos nestes novas modalidades. Os dados indicados na fundamentação teórica demonstram o declínio do contrato de emprego e a ascensão destas novas formas, o que tem representado no esvaziamento, ou mesmo, na própria crise do sistema protetivo e do Direito do Trabalho. O estudo proposto poderá resultar em novas possibilidades de aplicação do princípio protetor, isto é, poderá oferecer uma efetiva contribuição teórica-jurídica às questões práticas do mundo do trabalho contemporâneo, confirmando a contribuição social das pesquisas científicas.

Há originalidade no problema proposto, uma vez que as pesquisas existentes no Brasil sobre o princípio da proteção analisaram teórica e abstratamente este tema, diferentemente do recorte proposto, que enfoca novas possibilidades de aplicação do princípio protetivo ante a crise do emprego e as novas formas de trabalho. Desta forma, o recorte indicado assegura a originalidade necessária à dissertação de Mestrado.

De outro lado, a viabilidade da pesquisa é garantida em razão do recorte metodológico e procedimental que será utilizado, tratando do tema numa abordagem teórica, sem pesquisa empírica. Especificamente quantos à identificação e definição das novas formas de trabalho, saliente-se que a presente pesquisa utilizar-se-á de conceitos elaborados pela economia, sociologia e filosofia do trabalho, objetivando analisá-los juridicamente. Com base neste diálogo interdisciplinar, a pesquisa viabiliza-se, pois apenas pretende revistar o princípio da proteção diante de novas formas de trabalho identificadas e definidas pela Economia, Sociologia e Filosofia do Trabalho.

Nesse sentido, existe notória carência de perquirição acerca das novas modalidades de trabalho, com o enfoque jurídico. Da mesma forma, são escassas as investigações sobre a principiologia constitucional de proteção ao trabalho, esboçada nos artigos 1º e 7º da Constituição Federal do Brasil, articulados à noção constitucional de proteção social ao trabalho como condição de respeito à dignidade da pessoa humana, outro preceito fundamental da Carta Magna. Como pensar em tais preceitos constitucionais de proteção ao trabalho para os trabalhadores autônomos, informais, sub-empregado, entre outros?

Cumprido, também, informar que a opção pela temática surgiu da atuação profissional do pesquisador: advogado trabalhista e assessor do Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas no Estado da Bahia (SINDPEC), ou seja, assessor jurídico de uma categoria de trabalhadores que vivencia as novas formas de trabalho e sujeita-se, freqüentemente, a contratações externalizadas. A convivência com tais situações engendra, conseqüentemente, a busca por respostas jurídicas aos problemas destes trabalhadores. Esta busca é uma das principais motivações deste projeto.

Registre-se que o Curso de Especialização em Direito do Trabalho (2003-2004) da Fundação Faculdade de Direito na Universidade Federal da Bahia, com aulas ministradas por Rodrigues Pinto e Antônio Carlos Oliveira, suscitou importantes debates sobre as perspectivas do Direito do Trabalho, reforçando a motivação profissional para a presente pesquisa. Houve, ainda, a participação do pesquisador na Conferência Estadual da Bahia do Fórum Nacional do Trabalho – CEB/FNT, que propunha a construção de uma proposta reforma trabalhista consensuada entre Trabalhadores, Empregadores, Poder Público e Outros Setores. Neste fórum, o pesquisador apresentou a proposta de ampliação da aplicação da principiologia protetiva do Direito do Trabalho para as novas formas de trabalho, ou seja, a formulação da hipótese deste projeto de pesquisa já foi apresentada ao FNT, embora não tenha sido consensual entre os participantes.

Enfim, por tratar-se de uma temática extremamente atual (crise do emprego e novas formas de trabalho) que interfere na estrutura organizativa da sociedade e considerando o caráter prospectivo, o presente projeto de pesquisa é relevante socialmente, inclusive porque suas conclusões não terão natureza meramente especulativa, mas sim propositiva.

## **1.5. Metodologia.**

Considerando o Direito como Ciência Social Aplicada, suas metodologias devem ressaltar a mensuração qualitativa, ao invés da quantificação de informações e conhecimentos, tão comuns nas ciências exatas (LARENZ, 1997, p. 273). Neste sentido, deve-se, também, agregar uma visão transdisciplinar (MORIN, 2001) nas investigações científicas, ou seja, o presente projeto de pesquisa situado na seara jurídica transcende-a para dialogar com outras disciplinas (sociologia, economia e filosofia), sem, contudo, perder sua natureza de pesquisa do Direito.

O método – forma de apreensão dos fenômenos da realidade –, escolhido é a dialética, definida como “modo de pensarmos as contradições da realidade, compreendendo esta como essencialmente contraditória e em permanente transformação” (KONDER, 2003, p. 8). Para a dialética, o conhecimento e a atividade humana estão inseridos num processo de totalização (MARX, 1996), que nunca alcança uma etapa definitiva, perfeita e acabada, estando em constante transformação. Qualquer objeto perceptível pelo homem é apenas parte de um todo, devendo assim ser considerado. A visão de conjunto é uma síntese que permite descobrir a estrutura da realidade que se confronta numa situação dada. Contudo, esta visão de conjunto é provisória (histórica), nunca podendo pretender esgotar toda a realidade, pois esta será sempre mais rica do que o conhecimento obtido dela. A dialética, nessa perspectiva, oferece-nos uma postura crítica acerca do Direito, com relevo para seus aspectos históricos, sociais e econômicos.

Para Tércio Ferraz (2001), o Direito é normalmente focado cientificamente sob dois aspectos: diretivo e explicativo (dogmática) e especulativo e problematizante (zetética). A opção foi pela perquirição e problematização do Direito, sob pena de afastar-se da noção de cientificidade. Dessa forma, é preciso elucidar que o modo de compreender o Direito (metodologia) aproxima-se da proposta de zetética de Tércio Ferraz. Nesta linha, cumpre superar uma visão economicista do direito e patrimonialista do sujeito. O Direito não está para o mercado, mas para o sujeito. O direito não está pelo que o sujeito tem, mas pelo que ele é, enquanto pessoa, inclusive para que ele possa ter. O paradigma não é o do ter, mas o

do ser, ser humano, ser pessoa, ser digno em uma estrutura societária mais digna. (COUTINHO, 2001, p. 6)

Após esta explicitação das premissas sobre o saber, verifica-se que a vertente metodológica deste projeto é eminentemente jurídico-teórica (GUSTIN e DIAS, 2002, p. 42), com base em uma análise teórica acerca da crise do emprego e das novas formas de trabalho. Para tanto, a técnica de pesquisa adotada é a pesquisa bibliográfica que, segundo Boaventura de Souza Santos (2004, p. 58), “[...] atendendo às especificações do fenômeno jurídico, as metodologias que melhor se acomodam à sua problemática parecem ser a bibliográfica e a documental, com ênfase nas fontes de estudo do direito [...]”, bem como a pesquisa documental. Desta forma, foram consultados como fonte de pesquisa os serviços bibliotecários, os livros em circulação, periódicos, revistas especializadas, documentos e estudos governamentais, jurisprudências e demais textos do meio virtual (internet). Particularmente foram analisadas e transcritas algumas decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho pertinentes à pesquisa.

Ao lado da racionalidade teórica da abordagem do fenômeno jurídico, optamos pela tipologia jurídico-projetiva, segundo classificação de Witker (*apud* GUSTIN e DIAS, 2002, p. 52). Objetiva-se “[...] detectar tendências futuras de um determinado instituto jurídico ou de um determinado campo normativo específico”. A proposta metodológica, então, não utiliza métodos históricos, exploratórios ou descritivos, mas sim na sinalização de perspectivas para princípio nuclear do Direito do Trabalho.

Em síntese, assentado numa compreensão anti-dogmática do Direito e transdisciplinar, o presente projeto de mestrado situa-se no campo teórico ou de construção argumentativa, utilizando-se do método dialético e da pesquisa bibliográfica e documental, com cunho prospectivo.

### **1.5. A organização das idéias.**

Tendo como objetivo analisar os limites de aplicação do princípio da proteção trabalhista aos trabalhadores hipossuficientes nas relações de trabalho no Brasil na contemporaneidade (anos de 2000 até 2004), o presente trabalho abrangerá as temáticas de Flexibilização e Precarização, Subordinação Jurídica e Parassubordinação, Princípios e suas

funções hodiernas, para, ao final, formular três conclusões. A organização das idéias pode ser resumida da seguinte maneira:

No capítulo segundo, tratou-se das crises que assolam os componentes do objeto de estudo desta pesquisa, denominando-se *Crise do Direito do Trabalho*. Para tanto, buscou-se abordar as mudanças nas relações de trabalho decorrentes do contexto de crise da sociedade (crise do Estado, da Ciência e do Trabalho) e seus reflexos no Direito do Trabalho. Foram identificados, como conseqüências da Crise, o discurso de redução de custos, a flexibilização, precarização, terceirização. No encerramento do capítulo, pontuou-se duas correntes doutrinárias que apontam soluções.

Situado este contexto geral, o terceiro capítulo investigou os aspectos jurídicos da *Crise da Subordinação Jurídica* (designação) e das novas formas de trabalho. Nesta proposta, precisou inicialmente visitar a gênese e a ontologia trabalhista, para adentrar no debate sobre os critérios de aplicação do Direito do Trabalho, notadamente a subordinação jurídica, dependência econômica e a recente parassubordinação. Com o último conceito, restou demonstrada a crise da subordinação, bem como a necessidade de um novo critério.

No quarto capítulo, foram identificadas novas perspectivas para o *Princípio da Proteção* (título) em face das novas relações de trabalho. Antes cuidou de conceituar os princípios, estabelecendo suas funções clássicas no Direito, chegando no Direito do Trabalho. Analisou-se, especialmente, o princípio da proteção e os princípios conexos da normas mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*. Adiante, lidou com os argumentos que articulam a crise do princípio da proteção, rebatendo-os.

No quinto capítulo, tentou-se formular algumas respostas sobre os problemas levantados nas crises, e por esta razão, intitulou-se *Repensando o Princípio da Proteção*. Abordará os dados econômicos e argumentos sociológicos acerca das condições de trabalho no Brasil hodierno. No tange aos princípios, visitará as idéias que afirmam sua força normativa e vinculante no Constitucionalismo Moderno, dando ênfase ao princípio da proporcionalidade. O expansionismo do juslaboralismo será trabalhado com amparo na Nova Competência da Justiça do Trabalho e na experiência italiana do Contrato à Projeto. Na defesa da proteção, algumas hermenêuticas protetivas serão apontadas, assim como outras propostas especulativas (para um futuro próximo, porque dependem inovação legislativa) são aventadas.

Ao final, o sexto capítulo enuncia doze conclusões clausuladas para facilitar a identificação das contribuições da presente pesquisa.

## **Capítulo II – Crise do Direito do Trabalho.**

### **2.1. Crise.**

A sociedade contemporânea é caracterizada por um contexto intrinsecamente crítico. A etimologia do termo crise indica sua definição como **conflito, tensão ou modificação brusca e intensa**. Indaga-se, então, qual é o momento conflituoso vivido atualmente? Qual tensão que acomete a sociedade? Em que modificação brusca se encontra?

As respostas são tão difíceis quanto as questões suscitadas, mas, justamente por esta razão, carecem de resoluções ou, ao menos, de tentativas de respostas. Pode-se, em linhas gerais, identificar o contexto crítico principalmente no caráter paradoxal da vida humana e suas possibilidades: ao mesmo tempo em que o homem desenvolve inúmeros instrumentos (ciência, direito e trabalho) que propiciam, além da sua autonomia perante a natureza, incontáveis possibilidades de uma vida digna, enfrenta, por outro lado, problemas persistentes que assolam todos os segmentos sociais, gerando medo, insegurança, guerras e incertezas.

O **momento conflituoso** está umbilicalmente associado às formas de se organizar a sociedade e a **crise do Estado** e. Apesar da derrocada das experiências comunistas no leste europeu, o capitalismo sobrevivente não tem conseguido oferecer soluções e modelos de Estado que assegurem uma vida digna. Pelo contrário, tem-se visto a retomada de guerras e invasões de caráter mundial, especialmente aquelas produzidas pelas políticas autoritárias e unilaterais dos Estados Unidos. À medida que a concepção

hegemônica de Estado impõe um Estado Mínimo - não intervencionista – as garantias individuais e os direitos sociais são cada vez menos assegurados. Privilegia-se a liberdade em detrimento da igualdade.

**A tensão decorrente da incapacidade do Direito moderno em regular eficaz e agilmente as relações sociais (Crise do Direito)** é outro componente importante da crise. A efetividade das normas jurídicas, principalmente das normas constitucionais – justamente as mais importantes, tem encontrado cada vez mais obstáculos, os quais são produtos da cultura jurídica predominante, calcada no modelo jurídico individualista, formalista e patrimonialista, que não mais se adequa à atual sociedade plural, desigual e diferente. O acesso ao Judiciário tende a se restringir, em face da tensão entre o Direito e a realidade, ensejando o surgimento de juridicidades não-estatais e práticas pluralistas. Ademais, uma considerável parte da legislação existente é incompatível com a situação fática contemporânea, não possuindo, portanto, eficácia, enquanto inúmeras situações cotidianas, sem regulação, que resultam em conflitos, não tem, portanto, como ser solucionadas à luz das normas positivas.

**A sociedade vive uma mudança brusca, decorrente dos avanços tecnológicos** que, com a microeletrônica, robótica e tele-informática, têm redimensionado as formas de viver globalmente. Tais adventos tecnológicos construíram um mundo altamente interligado com múltiplas possibilidades comunicativas, provocando aumento intenso das relações internacionais, como as trocas comerciais, culturais, entre outras. Imaginar que se esteja interligado instantaneamente a qualquer lugar deste planeta é indubitavelmente uma mudança brusca. O mundo do trabalho é inteiramente reorganizado, criando-se novas formas de execução e até mesmo se tem cogitado o seu fim, provocando uma **Crise no Trabalho**.

O conflito, a tensão e as mudanças bruscas conformam a crise, que são as circunstâncias que ocasionam a crise do Direito do Trabalho, especificamente.

## **2.2. A crise do Direito do Trabalho.**

Para compreender a crise do Direito do Trabalho em sua integralidade, torna-se imprescindível considerar a conjuntura econômica e social. Nesse sentido, a série de crises da sociedade contemporânea enseja desdobramentos nas instituições basilares, como o Estado, a Ciência e o Direito. Conseqüentemente, a crise do Direito do Trabalho estará concatenada com a crise que assola a sociedade, posto que, sendo o Direito uma Ciência Social Aplicada, refletirá as conseqüências das crises do Estado, da Ciência e do Trabalho.

A globalização, norteadada pelo neoliberalismo, ao promover as integrações das economias mundiais, também impõe uma redução na atuação estatal. Em verdade, estabelece como diretriz um Estado-Mínimo em contraposição ao Estado-Providência. A autonomia privada ressurgue com força, criticando a intervenção estatal que, segundo este pensamento, tem propiciado obstáculos para o crescimento econômico. Este contraste entre um Estado, ainda interventor, mas que sofre reduções, limitações e privatizações provoca uma crise particular do Estado.

Em concomitância, os estudos científicos mais profundos têm demonstrado a própria crise da ciência, especialmente porque tem apontado seus limites. A epistemologia<sup>1</sup> pós-moderna desconstrói os mitos científicos da modernidade, quais sejam: o cientificismo e a neutralidade. Vislumbra-se, portanto, uma crise nos paradigmas científicos, que caminham na direção de relativizações, na compreensão de que todo conhecimento é provisório, inconcluso e inacabado, ou seja, de que não existem verdades absolutas e tampouco a ciência, ou melhor, que a racionalidade científica não possui o monopólio na produção de verdades. Tem-se a crise na Ciência, que também repercute no Direito.

Em paralelo com as crises anteriores, a análise dos dados do mercado de trabalho comprova o declínio do emprego. No Brasil, em 2002, havia 27 milhões de trabalhadores empregados (com anotação na CTPS) numa população economicamente ativa de 76,5 milhões de trabalhadores; isto significa que somente 1/3 dos trabalhadores do país estavam protegidos pela tutela trabalhista. Na Região Metropolitana de Salvador, não há muita diferença, pois se tem atualmente uma taxa de desemprego de 29,7% da população economicamente ativa, ou seja, de 1,662 milhão de pessoas, 496 mil estão sem emprego.

---

<sup>1</sup> Epistemologia compreendida como teoria do conhecimento, filosofia que pretende investigar a possibilidade, a produção, organização e validade do conhecimento científico.

Verifica-se que a organização da economia global incorre em uma profunda reestruturação produtiva. Segundo Ricardo Antunes (2003, p.182), o modelo de produção fordista<sup>2</sup> é subjugado pelo toyotismo, este fundado na descentralização e terceirização do sistema produtivo, acarretando em uma drástica redução do proletariado fabril estável, na desqualificação conjugada, contraditoriamente, com a especialização, precarização e/ou subcontratação do trabalho (ANTUNES, 2003, p. 184). Não se pode olvidar, ainda, que a “crescente transformação da ciência em força produtiva” (SANTOS, 1999, p. 200) tem resultado no fenômeno do desemprego estrutural, a exemplo dos postos de trabalhos sucumbidos pela automação, informática e robótica. Willis Santiago Guerra Filho constata “uma crise da “sociedade do trabalho”, na medida em que a atividade econômica predominante não é mais aquela voltada para a produção de bens de uso, como tinha sido durante toda a história da humanidade. (GUERRA FILHO, 2000, p. 75)

Tal realidade indica a reconfiguração do trabalho na sociedade. O processo econômico-social de reorganização das formas de trabalho é chamado de reestruturação produtiva. O crescimento e a criação de formas de trabalho sem proteção legal, tais como o trabalho informal, sub-emprego, trabalho (falsamente) cooperado e os trabalhadores pseudo-autônomos desvela a pretensão de fuga da relação de emprego. Dessa forma, a nova organização do trabalho está plenamente associada à crise do emprego, que pode ser chamada, de outra maneira, de crise do trabalho.

Todas essas circunstâncias provocam reflexos importantes no Juslaboralismo, pois implicam redução da atuação legiferante do Estado, na redução de custos – redução de direitos e fragmentação da classe trabalhadora. De fato, o Direito do Trabalho termina sendo o direito de poucos trabalhadores. Pode-se até denominá-lo de Direito do Emprego ou, como já ensinava Martins Catharino (1979), “Contrato de Emprego”, inclusive porque o Direito Laboral foi construído a partir do emprego típico (ROMITA, 2000, p. 188).

A partir de uma visão liberal, Arion Romita ilustra a crise do Direito do Trabalho como:

Inadequação dos instrumentos legislativos vigentes, imprestáveis antes às novas exigências de uma quadra econômica particularmente difícil, marcada pela recessão, pela ameaça constante do fechamento de empresas

---

<sup>2</sup> Ricardo Antunes define fordismo como o modelo produtivo capitalista baseado na produção em massa em unidades produtivas centralizadas e verticalizadas ocorrido ao longo do século XX, exemplificado pela Indústria da Ford. (2003, p. 191).

e conseqüente desemprego e pelo aviltamento do nível real dos salários, única fonte de subsistência do trabalhador e sua família. (ROMITA, 2000, p. 188).

Constata-se que as crises do Direito do Trabalho sempre estiveram correlacionadas com os momentos de crise econômica. Nesse sentido, Arion Romita (2000, p. 189) historiciza que Hugo Sinzheimer publicou artigo intitulado “A crise do Direito do Trabalho” já em 1933. Relata, também, que Polomeque Lopez caracterizou a crise econômica como “companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho”.

No início da década de 1980, Orlando Gomes, no Brasil, produziu ensaio intitulado “Aspectos da Crise do Direito do Trabalho” (1986) que articulava a idéia de crise frente às tentativas da época de reforma da legislação trabalhista, adjetivando o anteprojeto de reconsolidação com a pecha de “anacrônico” (1986, p. 157), embora isentasse seus autores porque não tinham possibilidade de inovar, mas apenas agregar à CLT a legislação esparsa sobre o matéria. Orlando Gomes criticava, com vigor, a influência institucionalista na CLT e a sufocante intervenção estatal na organização coletiva dos trabalhadores, concluindo da seguinte forma: “Conservar um ordenamento defasado é alimentar a crise que a sua superação fermenta e azeda.” (GOMES, 1986, p. 166).

Destarte, o objetivo principal deste capítulo é caracterizar **a crise do Direito do Trabalho como resultante dos reflexos de três crises que acometem a sociedade: a crise do Estado; a crise da Ciência e do Direito; a Crise do Trabalho**. Identificadas as causas que circunscrevem a crise no Direito Laboral, pode-se, então, demarcar os componentes provocadores da tal tensão, bem como os reflexos da crise, e entender as perspectivas que são apresentadas.

Para tanto, far-se-á a investigação das relações da pós-modernidade, globalização e neoliberalismo com as crises do Estado, da Ciência, do Direito e do Trabalho, abordando a flexibilização, desregulamentação e terceirização como efeitos/reflexos da crise do Direito do Trabalho. Serão, pois, analisadas as três crises que fundamentam a Crise do Direito do Trabalho. Podem ser chamadas de concausas, pois são simultâneas e se auto-influenciam, estabelecendo relações entre si. Assim, tratar-se-á da crise do Estado, da Ciência (e do Direito) e do Trabalho.

### **2.3. A Crise do Estado.**

A crise no modelo de Estado contemporâneo pode ser explicada pelo fenômeno da globalização consorciado com a ideologia neoliberal. Embora existam inúmeras denominações, este fenômeno é comumente denominado de globalização. Em termos conceituais, Rodrigues Pinto (1998, p. 19) define como “um processo provocado pelo alto desenvolvimento tecnológico, determinante de crescente interinfluência das economias nacionais e intensa integração dos mercados mundiais de produção e consumo”.

Há também a expressão mundialização, utilizada pelos europeus para denominar o processo de globalização (SOARES, 2002, p. 1168), afirmando, em contraposição às concepções neoliberais de globalização, uma integração mais humanizada, menos guiada pelo interesses mercantis. Boaventura de Souza Santos (1999) opta pela expressão “processos de globalização”, pois entende que são fenômenos múltiplos de integração planetária em diversos sentidos (Norte para o Sul e vice-versa) e de variadas naturezas, como científica, tecnológica, cultural, histórica, econômica, entre outras.

É mister explicitar que o processo de globalização é uma tendência histórica antiga, não sendo exclusiva das últimas décadas.

A globalização, ao contrário do que pode parecer, é um processo muito antigo, que vem se desenvolvendo há milhares de anos e que tende a eliminação das fronteiras nacionais e à fusão das inúmeras culturas locais para a formação de núcleo cultural homogêneo comum. (LEITE, 2002, p. 1413)

Arion Romita (1997) sugere quatro momentos históricos que conformam o fenômeno da globalização: a primeira fase foi iniciada com o Império Romano que, ao expandir seu Estado, ampliou as redes de troca e comércio dos povos; a segunda caracterizou-se pela expansão dos impérios ibéricos, através das grandes navegações para Índia, que, inclusive, possibilitaram a colonização do Brasil; a terceira, ocorreu no século XIX, após as guerras napoleônicas, conformando a fase imperialista do Capitalismo, sob o viés do liberalismo e do mercantilismo; o quarto momento, que se faz presente, iniciou-se com o fim da Segunda Guerra Mundial, demarcada pelo capitalismo financeiro.

A globalização compreende um intenso processo de internacionalização das relações econômicas, sociais, científicas e culturais, tendo como sujeitos os indivíduos, as

empresas transnacionais, os Estados e os Organismos Internacionais. Esta internacionalização implica “derruba de obstáculos ao desenvolvimento das atividades dos grupos econômicos, das barreiras comerciais e não comerciais, graças a liberalização e a desregulamentação, tendo como respaldo a teleinformática e os satélites de comunicação” (SOARES, 2002, p. 1169).

Identifica-se atualmente a existência de um mercado mundial, no qual os agentes principais são as empresas multinacionais que, possuindo patrimônio superior ao de muitos Estados e, por consequência, poder político considerável, têm a capacidade de ditar as políticas estatais. Boaventura de Souza Santos alerta:

Concomitantemente com a primazia das multinacionais, dois outros traços de globalização da economia devem ser mencionados pela importância que têm para a polarização da desigualdade entre o Norte e o Sul. O primeiro é a erosão da eficácia do Estado na gestão macro-econômica. A transnacionalização da economia significa, entre outras coisas, precisamente tal erosão e não seria possível sem ela. [...] Por outro lado, as multinacionais dotadas de poder de intervenção global e se beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões no mesmo Estado sobre as condições que se decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual – actores globais, por um lado, e actores nacionais ou subnacionais por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual. (SANTOS, 1999, p. 290/291)

Dessa forma, a globalização impõe a perda de soberania dos Estados nacionais, em favor do fortalecimento e concentração de poder político e econômico nas empresas multinacionais e em conglomerados de empresas. Constata-se, também, o imenso poder conferido a organismos internacionais responsáveis pelas políticas econômicas, a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD), posto que tais organismos confeccionam as diretrizes políticas e financeiras a serem adotadas por Estados nacionais. Portanto, tem-se a perda ou a diminuição da poder político dos Estados, para ascensão e controle das empresas multinacionais e de organismos internacionais que elaboram as políticas liberalizantes, ou seja, o poder, antes concentrado na Nação, dilui-se nestas empresas e concentra-se no FMI, Banco Mundial, entre outros.

De outro lado, o processo de globalização é marcado pelos avanços no desenvolvimento tecnológico e na ciência, notadamente pela aproximação destes, inclusive

com cunho da expressão “tecnociência”. Destaca-se o processo de automação, a informática, micro-eletrônica que ensejam a III Revolução Industrial, assim definida por Rodrigues Pinto:

Na terceira onda (3ª Revolução Industrial), iniciada sobre os destroços da Guerra Mundial de 1939/1945, a máquina passou a estabelecer com o trabalhador uma relação de extermínio, na medida em que a automação (forma exacerbada de mecanização), articulando-se com outros graves aspectos provenientes da também inesperada inversão de hegemonia na aliança entre a Tecnologia e a Economia, passou a agir com o ímpeto irracional de um aspirador de empregos. (PINTO, 2000, p. 1491)

Aliada à tecnociência, a globalização, ao estabelecer uma desenfreada concorrência no mercado mundial para a conquista da sociedade de consumo<sup>4</sup>, forçou as empresas a reduzir seus custos e aumentar sua produtividade. Surge, então, outro fenômeno importante para a crise do Direito do Trabalho, a reestruturação produtiva, que significou uma reengenharia nos processos produtivos, mediante a utilização do modelo toyotista, que adiante será abordado. Como resultado da reestruturação produtiva associada com a automação, verificou-se a ocorrência do desemprego estrutural, ou seja, na eliminação de postos ou mesmo de funções no processo de produção, que foram extirpadas ou substituídas por máquinas.

Não obstante todo o discurso hegemônico que considera a globalização como único caminho para o desenvolvimento humano, este processo de internacionalização da economia tem, infelizmente, aumentado as desigualdades sociais entre os países dos hemisférios Norte e Sul, principalmente com aumento de pobreza.

Calcula-se que um bilhão de pessoas – mais de 14 [sic] da população mundial, viva em pobreza absoluta, ou seja, dispondo de um rendimento inferior a cerca de 365 dólares por ano. De outro lado do abismo, 15% da população mundial produziu e consumiu 70% do rendimento mundial. Enquanto que a ajuda externa dos países centrais aos países periféricos caiu de 0,37% do PNB em 1981 para 0,33% em 1989, as taxas de juro da dívida externa dos países do Sul subiram 172% entre 1970 (3,7%) e 1987 (10%), o que leva alguns autores a calcular em 40 bilhões de dólares de

---

<sup>4</sup> A globalização impõe uma sociedade de consumo de massas, na qual os anseios consumistas são determinados pela propaganda da Mídia, o que leva Washington da Trindade (2000) a chamá-la de macdonaldização, senão: "A essa estratégia denomina-se de macdonaldização que supõe, segundo um professor mexicano, Roberto Pérez Cerón, quatro dimensões do modelo racional das sociedades mais industrializadas: a – satisfação das necessidades induzidas; b – quantidade sobre qualidade; c – controle dos bens disponíveis mediante a estandartização; d – confiança na automação." (TRINDADE, 2000, p. 1506)

transferência líquidas do Sul para o Norte, sendo esse pois literalmente valor da contribuição de um Sul mirrado de fome para a abundância do Norte. (SANTOS, 1999, p 293)

Conclui-se, portanto, que o processo de globalização tem produzido uma internacionalização cada vez mais intensa das economias mundiais, em detrimento da soberania e poder dos Estados nacionais, apesar de produzir socialmente muito mais miséria e desigualdade. A crise é o resultado da transição do Estado Social ou Intervencionista para um Estado Mínimo e Liberal, no qual os segmentos poderosos economicamente afirmam a redução do Estado, enquanto outros, com posição mais humanista, defendem a manutenção das garantias sociais estabelecidas na legislação. Arnaldo Sussekind resume:

Os liberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado social esteados na doutrina da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana. (SUSSEKIND, 2002, p. 55).

Para o Direito do Trabalho, a globalização implica o contexto de profundas alterações, normalmente focadas em discursos de redução dos custos e de direitos dos trabalhadores em face da dura concorrência mundial. “A globalização gera competitividade e esta conduz à flexibilidade trabalhista” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 72).

Como definido anteriormente, os processos de globalização estabelecem uma integração econômica, social e cultural dos países do globo, embora se ressalte que esta integração possui uma vertente hegemônica que confere direção e sentido à globalização: o neoliberalismo. O programa político neoliberal, proclamado no conhecido Consenso de Washington em 1988, é o modelo político-econômico predominante na atual globalização.

José Martins Catharino (1997, p. 8) distinguia liberal de liberalismo, entendendo que, enquanto o primeiro era atinente ao aberto, generoso e pródigo (não-conservador), o liberalista encampava um liberalismo, conceito aproximado do individualismo. Em síntese, o neoliberalismo pugna pela redução do Estado, posto considerar que a intervenção estatal na economia, principalmente através das regulações jurídicas e das garantias dos direitos sociais, produz obstáculos e dificuldades para o processo de acumulação de capital e, por consequência, prejudica o desenvolvimento do Capitalismo. Na década de 1980, Ronald Reagan e Margareth Thatcher iniciaram a aplicação das diretrizes neoliberais em seus

governos, promovendo a redução da intervenção estatal através do controle fiscal e inflacionário, privatização de empresas públicas, redução dos investimentos estatais nas áreas sociais, redução de direitos trabalhistas, política de juros altos, entre outros. Sustentavam que era bastante oneroso manter o Estado Interventor, como elucida Francisco Meton:

O discurso neoliberal assenta suas bases na liberalização das relações econômicas, não só nos limites nacionais, mas a nível global. E essa liberalização implica o fim da intervenção estatal na econômica, salvo quando se trata de prestar auxílio à iniciativa privada. Dentro dessa filosofia, o Estado deve amenizar e simplificar a cobrança dos impostos, sair da exploração econômica, entregando ao setor privado as suas empresas, minimizar a fiscalização em todos os sentidos e confiar tudo aos atores sociais. (LIMA, 1997, p. 623).

Com fundamento neste argumento de redução de custos e maior fluidez para a economia, o neoliberalismo pretende, em verdade, a redução/limitação da atividade e interferência estatal na economia. Surge, no lugar do Estado Interventor ou Garantidor, o Estado Mínimo. A implementação do programa neoliberal produz a redução de espaços públicos – sob controle e regulados pelo Direito, em favor da expansão dos espaços privados – guiados pela autonomia negocial e a liberdade comercial. Nesse sentido, César Benjamim ilustra:

Se certos mecanismos decisórios perdem espaço, é porque outros ganham; se diminui a integração das economias nacionais, é porque cresce a integração interna das empresas multinacionais; se o Banco Central deixa de controlar a entrada e saída de capital estrangeiro, os investidores privados o fazem com mais autonomia; se abrimos mão de definir internamente os fins a que se destina nossa atividade econômica, é porque outros o farão por nós; se abdicarmos de buscar um lugar na divisão internacional do trabalho, segundo nossos interesses, as empresas multinacionais definem esse nosso lugar; se o governo é dispensado de governar a economia, os investidores internacionais fazem isso por ele. (BENJAMIN, 1998, p.32)

Em chocante denúncia dos efeitos do neoliberalismo, José Martins Catharino arremata:

Os efeitos práticos do “neoliberalismo” demonstram ser mais parecido com o seu avô – o liberalismo ortodoxo ou típico, sem preocupação direta com o ser humano, “de carne e osso”, como é o trabalhador. Esses efeitos provam o anti-humanismo do neoliberalismo econômico, principalmente, e o “custo social” que acarreta. Esse efeitos nefastos somente os cegos e os que para eles fecham os olhos não enxergam, ou, o que é pior, deles conhecem e consideram secundários e irrelevantes, por serem o “preço” do

progresso econômico, servido pela tecnologia. (CATHARINO, 1997, p. 19).

No Direito – que é intrinsecamente ligado ao Estado – o neoliberalismo propõe a desregulação ou desregulamentação, com vistas a obter mais liberdade e fluidez nas relações jurídicas. Para tanto, prega a diminuição da capacidade regulatória do Sistema jurídico, significando a desregulamentação de Leis que impeçam ou dificultem o trânsito econômico, ou seja, que impeçam, retardem ou limitem o tráfego de bens, mercadorias e capital. Genro assevera:

As relações do Direito com o neoliberalismo não podem ser vistas fora desta ambigüidade, que hoje ordena as relações internacionais: ou seja, um descontrole humano, da regulação destas relações, subjugado por um controle mercantil do conjunto das relações humanas, que exigem intensamente, em cada país, um Direito que capitula perante esta objetividade. (GENRO, 2002, p.45)

Dessa forma, o neoliberalismo defende a redução do papel regulador do sistema jurídico, permitindo que a economia se auto-regule, ou seja, ressurgem o antigo mecanismo de regulação liberal: as leis do mercado. A lei do mercado, baseada na oferta e na procura, enseja, como dito por Genro, o descontrole humano, pois submete as necessidades e direitos do homem aos interesses mercantis, isto é, pretere-se o próprio homem e sua condição humana em favor do lucro, prescrevendo a repetição da barbárie do capitalismo monopolista.

#### **2.4. A Crise da Ciência.**

A segunda (con)causa da Crise do Direito do Trabalho é a crise na Ciência e no Direito. Da segunda, ocupar-se-á detidamente o próximo tópico, em razão da atenção que merece, posto tratar-se de uma pesquisa jurídica.

A crise na Ciência decorre das críticas pós-modernas à modernidade, portanto é preciso, inicialmente, compreender a era moderna.

A era moderna, definida por Boaventura de Sousa Santos (1999) como a conjugação entre o iluminismo/racionalismo, consorciado com o capitalismo, propunha, com fundamento exclusivo na atividade racional e científica, a resposta a todos os

problemas e questões da sociedade, uma vez que somente o saber científico poderia ser considerado conhecimento e, exclusivamente, por meio dele seria possível obter a verdade.

O paradigma moderno advém das concepções das ciências naturais (exatas e biológicas) e formula um discurso produtor de verdades, de caráter global e totalitário. Global porque sustenta que o conhecimento, sendo neutro axiologicamente, independe da cultura de que se origina e também dos aspectos sociais, políticos e econômicos. Configura-se totalitário “na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas” (SANTOS, 2000, p. 21). Desta forma, somente é verdade aquele saber produzido pela racionalidade científica, conseqüentemente, rechaçando-se o senso comum, a experiência imediata, as crenças e demais saberes externos aos parâmetros da ciência.

É a matemática a disciplina do saber que ocupa o centro da modernidade, pois fornece a lógica da investigação científica. Essa lógica induz a dois procedimentos para a racionalidade moderna: primeiro, o rigor científico é assegurado pela rigorosa medição, ou seja, prevalece a abordagem quantitativa em detrimento das qualidades do objeto; segundo, a ciência trabalha com redução das complexidades, em face de que o ato de conhecer opera com a divisão e classificação das partes do objeto estudado.

Esse paradigma moderno de racionalidade passa a ser reafirmando pelo positivismo, denominando-se cientificismo. Por cientificismo deve-se entender o mito de conceber o conhecimento científico como produtor de verdades universais, absolutas e inabaláveis, portanto que pretende constituir-se como única forma válida de conhecimento. Esta pretensão de formular verdades absolutas e universais incorpora uma crença de que só é verdadeiro o conhecimento científico, e termina por conferir à ciência um caráter de “religião da verdade”, transfigurando-a para uma postura metafísica que tanto a ciência combatia.

Tem, ainda, a pretensão de neutralidade. A neutralidade científica e o cientificismo são mitos do pensamento positivista (MARQUES NETO, 1990). Para o positivismo, as ciências apreendem a realidade em si, isto é, como ela efetivamente é, negando outras formas de apreender a realidade, pois somente a ciência pode conhecer o real. Marques Neto é bastante incisivo:

[...] todo trabalho científico decorre de um processo de *escolha* [interferência da ideologia do sujeito, da sua subjetividade e do contexto

político-histórico], em que o pesquisador considera certos aspectos da realidade mais importantes que outros, o que implica em uma valoração do objeto [...] nenhum pesquisador inicia em branco um trabalho de investigação científica. Ele parte de um conhecimento teórico acumulado, ou seja, das explicações já existentes sobre o objeto, as quais, por sua vez, não são imunes às influências axiológicas e ideológicas. (MARQUES NETO, 1990, p. 57)

A crise do paradigma moderno, iniciada nos anos 70 do século XX e até hoje presente, aponta para um paradigma crítico e transitório. O sinal da derrocada da modernidade é a descoberta dos limites científicos. A própria ciência, no seio do seu desenvolvimento e aprofundamento, verifica que não produz verdades absolutas, como se pensava, uma vez que o real é infinitamente superior à nossa percepção e que toda apreensão do objeto significa redução, corte ou interpretação. “Heisenberg e Bohr demonstram que não é possível observar ou medir um objecto sem interferir nele, sem o alterar, e a tal ponto de que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou” (SANTOS, 2000, p. 43). Karl Popper (2000) comprova que a ciência não pode produzir verdade, sendo somente capaz de afirmar o que não é verdadeiro, consoante a teoria da falseabilidade.

Pellegrino afirma que “Somos sempre mais que sabemos” (*apud* FREIRE-MAIA, 2000, p. 168), expondo a pequenez da ciência perante a realidade. Ao criticar as influências do positivismo e empirismo, que são as bases para o cientificismo, propõe uma nova definição para ciência: “conjunto de verdades estruturadas segundo regras próprias de cada saber” (FREIRE-MAIA, 200, p. 170).

Este paradigma transitório atual, justamente por não se enquadrar nos conceitos modernos ou clássicos, tem sido cunhado de pós-modernidade. Nele se elimina o cientificismo, mas não a ciência, assumindo que a subjetividade, a política, a economia, a cultura interferem na produção do conhecimento, que, neste novo paradigma pós-moderno, é caracterizado pela inter-trans-multi-disciplinariedade (MORIN, 2001). A ciência, agora relocada e ciente de suas limitações, produz verdades aproximadas e provisórias, válidas exclusivamente para o âmbito científico.

A complexidade-diferenciação confere o sentido da pós-modernidade, que não aceita/acata teorias universalizantes e homogeneizantes. Conseqüentemente, a noção de conhecimento universal é desconstruída. Os estudos em química, biologia, microfísica

produziram uma crítica severa à lógica moderna da relação causa-efeito, propondo uma concepção mais sistêmica e considerando a pluralidade de causas e efeitos.

Entretanto, a pós-modernidade é transpassada pelo individualismo e pessimismo, inclusive com a ascensão das religiões e fanatismos, em face do descrédito da ciência. Além disso, “a industrialização da ciência acarretou no compromisso desta com os centros do poder econômico, social e político, os quais passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas.” (SANTOS, 2000, p. 43)

Por outro lado, em um movimento contrário ao pessimismo pós-moderno, encontram-se ações e pensamentos de resistência e transformação, fundados na revalorização de saberes situados além do campo científico, como o senso comum, a experiência, a filosofia, a ética, entre outros. Nesse sentido, defende-se que todo conhecimento científico é conhecimento social, superando a dicotomia ciência social e ciência natural. Como exemplo deste pensamento, tem-se o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.

A crise da Ciência, mais precisamente a transição entre racionalidade moderna e a pós-moderna, promove profícuos questionamentos aos limites e ao próprio papel da Ciência. O Direito, considerado como Ciência Social, sofre, por derivação, conseqüências gravosas, particularmente a crítica severa ao positivismo jurídico e à cultura jurídica moderna, conforme se verá no tópico seguinte.

#### **2.4.1. Crise no Direito.**

As repercussões da crise da ciência no Direito são profundas, engendrando uma mudança de paradigma na cultura jurídica. Constatase que a crise da ciência conforma a conjuntura da crise do Direito Moderno, que é marcado por uma concepção formal, positivista, individualista e patrimonialista.

Considera-se este direito moderno como constituído por “proposições legais abstratas, impessoais e coercitivas, formuladas pelo monopólio de um poder público centralizado (o Estado), interpretadas e aplicadas por órgãos (o Judiciário) e por funcionários estatais (os juizes)” (WOLKMER, 1997, p. 61). Assim, este paradigma

promove a identificação do Direito somente com a Lei positiva; conseqüentemente, só é Direito aquilo que é produzido pelos espaços legislativos do Estado, isto é, Direito é totalmente proveniente do Estado. O prof. Antônio Carlos Wolkmer considera esta ideologia jurídica como resultado da associação do projeto filosófico da modernidade com o modo de produção capitalista. Vejamos:

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um específico complexo de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação do interesse liberal-individualista e por uma estrutura estatal centralizada. Certamente que este entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como sobretudo, confirma a concepção de que o Direito é sempre produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes das necessidades humanas. (WOLKMER, , p. 1)

Sustenta Antônio Carlos Wolkmer que um dos fundamentos da crise do Direito é a crise da legalidade estatal, isto é, do monismo jurídico. É que justamente esta concepção de Direito não consegue mais regular ou oferecer parâmetros de resolução dos conflitos nesta nova realidade atual. Estas instabilidades ou crises sociais provocam também crises no Direito ou, nos termos de Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 62), “o esgotamento do modelo jurídico tradicional”. É preciso perceber que o Estado, notadamente o seu modelo atual centralizador e burocrático, não consegue mais produzir normatividades capazes de corresponder à nova organização social.

O Direito Moderno é também caracterizado por uma concepção estritamente individualista, que atualmente é contestada pelo surgimento dos direitos transindividuais. Verifica-se que uma gama de direitos, que possuem relativa importância, transcendem o âmbito individual, pois envolvem em situações idênticas ou difusas um segmento social ou mesmo a própria sociedade. Conseqüentemente, adotar-se, ainda, uma tutela individualista torna-se anacrônico, inefetivo, e lento, possibilitando a insegurança jurídica – valor máximo do Direito Moderno – ao regular situações idênticas ou análogas com decisões diversas.

Assim, a crise do Direito é exemplificada na existência de um sistema jurídico eminentemente individualista, salvo raras exceções como o Código de Defesa do Consumidor, que se depara atualmente com direitos individuais homogêneos, coletivos e

difusos. No Direito do Trabalho, esta situação conflituosa podia ser simbolizada no antigo Enunciado 310 do Tribunal Superior do Trabalho – TST. O E. 310 pretendia desestimular as ações coletivas de substituição processual sindical ao exigir inúmeros requisitos, que, na prática, impediam sua utilização. Com o seu cancelamento, espera-se que o tratamento coletivo possa prevalecer, propiciando uma prestação jurisdicional efetiva, célere e adequada para uma demanda transindividual.

Outra grave questão, que enseja a crise no Direito, é o acesso à Justiça. Mauro Capelleti (*apud* SANTOS, 1999, p. 168) realizou pesquisas sobre o acesso à Justiça, constatando que a Justiça Civil é cara para a sociedade em geral, e ainda mais cara para os hipossuficientes.

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros estejam remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (SANTOS, 1999, p. 170).

Aliadas a esses fatores, as alterações advindas dos avanços tecnológicos provocam perturbadoras repercussões no Direito moderno, posto que este foi concebido em um momento histórico bem anterior e incompatível com o alto desenvolvimento tecnológico. Assim, aduz Wagner Giglio:

Acontece que o progresso tecnológico e a rapidez das comunicações tornaram extremamente ágeis as alterações fáticas e sua divulgação, acentuando o atraso da reação legislativa e tornando praticamente impossível a tarefa fundamental do Direito, de regular eficazmente a vida das relações humanas. Eis aí razão essencial da crise que assola a ciência jurídica de nossos dias. (GIGLIO, 2004, p. 1167)

Convém ainda explicitar que, nos países periféricos, principalmente no Brasil, persiste um entrelaçamento de processos históricos e sociais bastante antagônicos. Enquanto alguns setores da sociedade sequer entraram na era moderna, outros segmentos vivem intensamente a pós-modernidade. Há, nestes termos, uma mescla dos paradigmas pré-moderno, moderno e pós-moderno convivendo na sociedade contemporânea, a exemplo da vergonhosa prática de trabalho análogo ao de escravo nos sertões brasileiros concomitante com o teletrabalho dos grandes centros urbanos. Isto implica um Direito em movimentos contraditórios, em que, ao mesmo tempo, se questiona a suposta excessiva regulação de determinada relação e se depara com a inefetividade dos direitos fundamentais já

consagrados na própria Carta Magna. Tais contradições abalam fortemente o sistema jurídico.

De outro lado, a discussão sobre igualdade jurídica conforma outra importante temática caracterizadora da crise no Direito. É a igualdade o pilar principal do sistema jurídico moderno, decorrente das aspirações e diretrizes da Revolução Francesa. Não obstante estar consagrada juridicamente a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, verifica-se que esta igualdade não passa do plano formal. Esta limitação se deve à incapacidade do Estado em oferecer (ou agir positivamente) as oportunidades necessárias a todos os cidadãos, com vistas a implementar-se a igualdade no plano material.

Outro elemento enfraquecedor da igualdade jurídica é a atual complexidade e diferenciação dos sujeitos sociais. Percebe-se que a atual sociedade produz sujeitos muito mais distintos do que semelhantes, o que caracteriza a era pós-moderna como hipercomplexa e diferenciada. A título de exemplo, a simples análise da classe trabalhadora implica a constatação de sua natureza heterogênea, bastante diferente daquela do início do Século XX. Atualmente, os trabalhadores são bastante heterogêneos, agrupados difusamente e com interesses divergentes e até mesmo antagônicos.

Com efeito, o Direito do Trabalho, ao estabelecer uma tutela protetiva que procurar equiparar os seus sujeitos, visando à igualdade material, pode ser considerado como um Direito pós-moderno. Isto porque não se subjugou ao discurso hegemônico da modernidade que impunha a igualdade formal, como principal objetivo desta sociedade. Pelo contrário, desde sua origem, pugnava por uma intervenção em favor do mais fraco, assegurando-lhe direitos, para compensar a desigualdade decorrente do poder econômico do empregador. É pós-moderno, na sua origem, porque se funda na desigualdade das partes.

Por fim, o Direito Moderno encontra-se em crise de efetividade, que é um dos componentes da crise do Direito. A burocratização dos procedimentos judiciais, combinada com a cultura positivista, implica um distanciamento ascendente ou mesmo a pouca aplicação das normas jurídicas, notadamente as constitucionais. A inefetividade acarreta o sentimento de descrédito no Direito, possibilitando o desenvolvimento de outras formas de resolução de conflitos não-estatais.

Conclui-se que a crise do Direito, além de tributária da crise da ciência, advém da crise de efetividade das normas jurídicas, resultante tanto da dificuldade de acesso à

Justiça, como decorrente da cultura jurídica moderna individualista, positivista e formalista, inclusive gerando um distanciamento e declínio das tradicionais formas legais de composição dos conflitos, em face de uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada.

## 2.5. A Crise do trabalho.

A terceira causa da crise do Direito do Trabalho é a crise no trabalho, ou melhor, a crise na clássica relação de trabalho, a relação de emprego. Para sua devida compreensão, torna-se imprescindível uma análise, ainda que rápida e superficial, sobre o trabalho na história do Ocidente.

A conceituação do trabalho é algo bastante controverso, em face das dimensões que o trabalho pode assumir. Podemos corroborar Engels (1984): é o trabalho o elemento que distingue o homem da natureza, pois em razão de seu labor consegue a sua libertação e autodeterminação perante o meio que o circunda. Noutro sentido, o trabalho pode expressar a dignificação do homem<sup>1</sup>, que mediante seu esforço, obtém resultados (bens ou serviços) que lhe possibilitam prover sua sobrevivência, combinada com a realização de atividade/função na qual explore e potencialize suas qualidades e habilidades, inclusive com a realização da felicidade ao transformar o trabalho em sobrevivência e também em forma de auto-identificação e afirmação.

O estudo etimológico da palavra *trabalho* constata sua polissemia (ALBORNOZ, 2001, p. 46/47). Na matriz latina, encontramos *labor* (trabalho braçal) e *operare* (trabalho criativo). Na matriz grega, identifica-se a *práxis* (atividade discursiva, política e não produtiva), a *poesis* (atividade produtiva e técnica) e o *labor* (esforço mecânico do homem para sua sobrevivência, a exemplo da agricultura e caça). Sussekind define o trabalho como “toda energia humana, física ou intelectual, empregada com fim produtivo” (2004, p. 3).

---

<sup>1</sup> A idéia de dignificação do homem pelo trabalho é desenvolvida por Karl Marx, como também, utilizada ainda na Bíblia (2001): “*Todo homem que come, bebe e tira o fruto do seu trabalho, recebe isto por um dom de Deus*”(Ecl 3, 13). Embora, tais definições estejam situadas em contextos e ideologias diferentes, expressam uma valorização do trabalho humano.

Domenico de Masi sustenta que “o progresso humano nada mais é do que um longo percurso do homem rumo à intencional libertação, primeiro da fadiga física e depois da fadiga intelectual” (1999, p.7), baseado na organização do trabalho humano. Primeiro, vencemos a dependência da natureza, utilizando trabalho/técnicas rudimentares e primitivos (extrativismo, pesca, caça e agricultura). Adiante, com o trabalho escravo e/ou servil em conjugação com animais, máquinas simples, instrumentos e técnicas, a exemplo do ferro, fogo e roda, construímos grandes civilizações e impérios. Depois, com a Primeira Revolução Industrial, boa parte das atividades eram executadas por máquinas operadas por trabalhadores. A partir da metade do século XX, os equipamentos mecânicos e eletrônicos, caracterizadores da Segunda Revolução Industrial, promovem grandes mudanças no processo produtivo, principalmente nas funções desenvolvidas pelos trabalhadores, iniciando-se com vigor a substituição do trabalho humano pelo maquinário. Mas, com a Terceira Revolução Industrial, simbolizada pela automação e informática e microeletrônica, a situação altera-se profundamente, tratando-se não mais da substituição do trabalho humano, mas da sua eliminação. Domenico de Masi resume este processo de libertação:

Daí resulta uma sucessão de fases liberatórias: a que vai desde as origens até a Idade Média trouxe a progressiva **libertação da escravatura**; a que vai da Idade Média até a primeira metade do século XX trouxe a **progressiva libertação da fadiga**; a que teve início a partir da Segunda Guerra Mundial e na qual vivemos hoje visa à **libertação do trabalho**. (1999, p. 8, grifo nosso)

Em rápida síntese, observar-se-á a organização dos processos produtivos na história da sociedade ocidental.

Na Grécia Antiga, o labor – trabalho com fadiga física – era extremamente desprestigiado, sendo relegado aos milhares de escravos, que executavam as atividades de comércio, produção e agropecuária. Aos homens livres cabia, através do trabalho discursivo, filosófico e político, a *práxis*, a produção de conhecimento, da filosofia, da matemática, biologia, metafísica, entre outros saberes.

Entretanto, a cultura grega ojerizava a atividade tecnológica, preferindo a atividade teórica. Segundo Domenico de Masi (1999), isto ocorre, primeiro, porque eles acreditavam que todo o saber já tinha sido descoberto e, segundo, porque tinham à sua disposição uma grande quantidade de escravos propícios à execução de tais funções. Em contrapartida, a cultura grega tinha na educação a função de enriquecer as coisas de

significado, em outras palavras, “A verdadeira riqueza dos gregos, portanto, não vinha da posse de objetos úteis e de prestígio, mas da capacidade de colher e degustar até o fim as sensações e significados positivos inerentes aos objetos, aos acontecimentos, às idéias de todos os dias” (MASI, 1999, p. 17).

No Império Romano, também baseado no trabalho de escravos, privilegiou-se o desenvolvimento da atividade política, jurídica e administrativa, como também a exportação da cultura e costumes cívicos romanos para outras civilizações. Foi a escravidão que possibilitou tais desenvolvimentos e, principalmente, a criação do maior Império ocidental.

Domenico de Masi complementa:

Se os gregos desenvolveram a filosofia e arte mais do que a tecnologia; se os romanos a política e administração mais do que as máquinas, isso resultou de um conceito de vida baseado no gosto pelas coisas simples, resultou da disponibilidade de escravos a quem relegar a fadiga física, resultou de uma cultura, que além de justificar a escravatura, exigia um altíssimo número de escravos. (MASI, 1999, p.19).

Constata-se, assim, que a compreensão inicial do trabalho não o vincula a produtividade ou fadiga física, sendo, pelo contrário, o trabalho discursivo, filosófico e criativo considerado mais importante. Contudo, na sociedade contemporânea, marcada pelo modo capitalista, o trabalho é sempre associado com a produção de valores econômicos, isto é, somente é trabalho aquele produtor de riqueza material.

A Idade Média apresentou mudanças importantes na organização produtiva, apesar de ser conhecida como era das trevas. Foi um período de guerras e invasões bárbaras, no qual os escravos tornaram-se escassos, quando, também, as epidemias e doenças dizimavam a população ocidental e em que se verificou que o trabalho escravo era pouco produtivo. Com isso, “o custo da manutenção dos escravos no latifúndio tornou-se progressivamente superior ao custo da subdivisão dos latifúndios em pequenas propriedades entregues aos colonos para cultivo” (MASI, 1999, p. 26/27). Surge, então, o papel da motivação no processo produtivo, tendo como premissa que quanto melhor o tratamento dos trabalhadores, maior seria a produção. A Europa adentra, assim, no modo de produção da servidão.

Com a ascensão da burguesia ao poder político, exsurge o modo capitalista, assentado na propriedade privada e na divisão social do trabalho. O Capitalismo muda radicalmente o mundo do trabalho; restringe a propriedade e os meios de produção a um

pequeno grupo social, enquanto obriga a imensa maioria a vender sua força de trabalho para, em contra-partida, perceber salários. Há o surgimento dos grandes centros urbanos em torno das fábricas, com a população trabalhadora que emigrou da zona rural. O desenvolvimento tecnológico engendra a Primeira Revolução Industrial, com a invenção da máquina a vapor, do trem, dos teares mecânicos, entre outros.

Frederick Taylor reinventa a organização do processo produtivo capitalista, com objetivo de extrair o maior aproveitamento possível da força de trabalho. Fundado em um ambiente produtivo mecanizado, com estudos dos tempos e movimentos realizados pelos trabalhadores, bem como a seleção, treinamento e organização dos empregados, basicamente, em dois setores: chefia, a que competia a fiscalização, organização e criação do processo produtivo, restrita ao número pequeno de trabalhadores com grande qualificação; execução, a que competiam as atividades repetitivas, braçais e de operação do maquinário, destinada a grande maioria dos trabalhadores com pouca qualificação.

Henry Ford inventou a produção padronizada, fundada na organização verticalizada, na qual a fábrica englobava todo o processo produtivo, desde o tratamento da matéria prima até detalhes finais do produto, incluindo, como na Ford, a própria comercialização. Era implementada em um processo mecânico (esteira ou linha de montagem) que fragmentava as funções desenvolvidas pelos trabalhadores, os quais eram encarregados individualmente de simples e repetitivas atividades. Dessa forma, obteve-se uma imensa economia, tanto com a redução de custos, quanto o aumento de produtividade, além da diminuição da resistência do trabalhador, em face do tempo imposto pela máquina e pela forma organizativa da produção.

O século XX foi demarcado pelo modelo fordista e taylorista na forma de organização e produção das mercadorias. Consistia na organização do processo produtivo de massas de produtos homogêneos, operando através de grandes linhas de montagem. Ou seja, o fordismo agrega ao processo produtivo a noção de produção em série. De outro lado, o controle do tempo e dos movimentos dos operários no processo produtivo são resultados das idéias e estudos de Taylor. Ricardo Antunes dissecou o modo fordista e taylorista, da seguinte forma:

Pela existência de trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre a elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela

constituição/consolidação do operário em massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões (ANTUNES, 2003, p.25).

O fordismo, assim como a ciência moderna, pautava-se na generalização/homogeneização. Necessitava de um contingente imenso de trabalhadores, embora não se fundasse no trabalho criativo (nos moldes do trabalho artesão) ou reflexivo (intelectual), mas relegava aos operários funções repetitivas, mecânicas e simples, desprestigiando a especialização técnica e/ou a habilidade individual.

Sustenta Boaventura de Souza Santos que este modelo organizativo ampliou-se para além do processo produtivo, constituindo os elementos necessários para a formação de uma cultura de massas que, refinada ideologicamente, conforma o que chamamos de consumismo. “Esta forma de poder consiste no processo pelo qual a satisfação das necessidades por vida do mercado se transforma numa dependência em relação a necessidades que só existem como antecipações do consumo mercantil” (SANTOS, 1999, p. 312). Portanto, o fordismo e o taylorismo podem ser considerados como fundamentos de uma sociedade de massas com padrões homogeneizantes.

O fordismo/taylorismo teve seu desenvolvimento associado à expansão capitalista mundial, com grande ascensão durante o Estado do Bem Estar Social. No entanto, com as crises de 1960/70, o Capitalismo ingressa em mais uma metamorfose, sob viés do programa neoliberal de redução do Estado, e a transferência do seu eixo da produção industrial para o segmento de serviços, como também prefere obter lucros na especulação financeira, principalmente nos serviços das dívidas de países. Neste contexto de reorganização do Capitalismo, o mundo do trabalho também foi significativamente transformado.

A década de oitenta/noventa do século passado representou a ruptura com o fordismo/taylorismo. A automação, robótica e microeletrônica inseriram-se profundamente no meio produtivo, acarretando grandes mudanças nas relações de trabalho e no próprio sistema produtivo, inclusive considerando-se como a Terceira Revolução Industrial. Novos processos de trabalho emergem, situados em um novo paradigma. O padrão generalizante de produção, que caracterizou o fordismo, vem sendo substituído por formas produtivas mais flexíveis, individualizadas e desregulamentadas.

Sugere Ricardo que o toyotismo “pode ser entendido como uma forma de organização do trabalho que nasce a partir da fábrica Toyota, no Japão, e que vem se expandindo pelo Ocidente capitalista, tanto nos países avançados quanto naqueles que se encontram subordinados” (2003, p. 181). Em sua essência, o toyotismo ampara-se no contexto da complexidade-diferenciação pós-moderna, para constituir-se um novo paradigma no processo produtivo.

É caracterizado por ter sua produção vinculada à demanda, desenvolvimento de produtos diferenciados, adequados aos interesses e necessidades do adquirente, resultado de ação em equipe de técnicos com multifunções e especialidades. Complementa Ricardo Antunes:

Tendo como princípio o *just in time*, o melhor aproveitamento possível do tempo de produção e funciona segundo o sistema kanban, placas ou senhas de comando para reposição de peças e de estoque que, no toyotismo, devem ser mínimos. Enquanto na fábrica fordista cerca de 75% era produzido no seu interior, na fábrica toyotista somente cerca de 25% é produzido no seu interior. Ela horizontaliza o processo produtivo e transfere a terceiros grande parte do que anteriormente era produzido dentro dela. (ANTUNES, 2003, p. 181/182).

De outro lado, não há mais parcelamento do trabalho como na linha de montagem fordista, mas trabalho realizado em equipes aptas, com flexibilidade na organização do trabalho e maquinário multifuncional, para produzir produtos diferenciados e individualizados. Ocorre, então, uma mudança no perfil do trabalhador. Anteriormente necessitava-se de trabalhadores sem especialização ou conhecimentos especiais para realização de tarefas simples e repetitivas. Com o modelo da Toyota, o trabalhador assume um perfil polivalente, isto é, para atender as demandas individualizadas do mercado, o trabalhador deve possuir relativa especialização ou conhecimento técnico e ter a capacidade de realizar atividades distintas e com máquinas diferenciadas.

O modelo da Toyota engendra uma nova organização do processo produtivo, marcada pela qualidade total do produto produzido. Frise-se que a noção de qualidade total não se refere à qualidade do resultado, mas sim do próprio processo produtivo, ou seja, almeja o aumento da produtividade. Acrescenta, também, uma diminuição do âmbito produtivo da empresa, com delegação de funções a terceiros, como a produção de componente ou serviço integrante do processo produtivo. No fordismo, o processo produtivo é vertical e concentrado na mesma empresa; no toyotismo é horizontalizado e difuso. Assim,

o toyotismo perfaz uma reengenharia produtiva com incremento da terceirização e de precarização de condições de trabalho, além do trabalho temporário.

Os avanços tecnológicos, além da colaboração com o modelo toyotista, têm, cada vez mais, em escala geométrica, transformado-se na própria força produtiva. Isto é, os avanços tecnológicos têm dispensado a atividade humana. Verifica-se, então, o fenômeno do desemprego estrutural, que extirpa postos de trabalho e funções em favor da automação da atividade laboral ou, mesmo, da própria desnecessidade da função, em face de novas técnicas produtivas.

Há um novo parâmetro na produção industrial, a revolução tecnológica confere à ciência e à tecnologia o papel de força produtiva. Mais precisamente, a tecnociência tornou-se agente da própria acumulação do capital, implicando em enorme acréscimo da produtividade do trabalho humano. Esta revolução consiste, em essência, na difusão e utilização de mecanismos/processos controlados pela informática, com capacidade de programar todo o processo de automação. A centralidade deste processo está na substituição da eletromecânica pela eletrônica como base do processo de automação, ou seja, o processo produtivo tem, então, como eixo a tecnologia de informação.

O professor norte-americano, Jeremy Rifkin, em obra de grande divulgação, *The end of work* (1994), ao analisar as duas faces da tecnologia, mostrou o lado cruel, a substituição dos empregados pelo software, por meio de dados que demonstram a desnecessidade cada vez maior de um quadro numeroso de empregados e o inversamente proporcional crescimento da produtividade nas empresas com o emprego da alta tecnologia no lugar dos trabalhadores desvinculados, a ponto de dizer que, no período atual, pela primeira vez, o trabalho humano está sendo sistematicamente eliminado do processo de produção para ceder lugar a máquinas inteligentes em incontáveis tarefas e nos mais diferentes setores, inclusive agricultura, indústria e comércio. (NASCIMENTO, 2004, p. 44).

Com o desemprego estrutural, vivenciamos a diminuição do trabalho produtivo, considerado como aquele dispendioso de energia humana, sendo substituído pela automação. Tem-se, desta forma, a assunção do trabalho imaterial, compreendido como aquele inserto no campo intelectual e comunicativo, destinado à produção, armazenagem e organização do conhecimento e informações e relativo ao setor terciário de serviços. A definição de Ricardo Antunes explicita a questão:

o trabalho imaterial expressa a vigência da esfera informacional da forma-mercadoria: ele é expressão do conteúdo informacional da mercadoria;

exprimindo as mutações do trabalho operário nas grandes empresas, e do setor de serviços, onde o trabalho manual está substituído pelo trabalho dotado de maior dimensão intelectual (2003, p. 162).

É preciso contextualizar que o modelo toyotista, mesmo superando o fordista, não tem eliminado este último. Na atual sociedade complexa, em especial a periférica sociedade brasileira que sequer consolidou a modernidade e o Estado do Bem Estar Social, os modelos de organização produtiva transitam e mesclam fordismo e toyotismo, como constata Francisco Pedro Jucá:

[...] trata-se de um mosaico descontínuo, de um arquiêgo de diversidades, e num mesmo contexto econômico e produtivo convivem e muitas vezes concorrem sistemas absolutamente dispares, devendo, aqui, ser acentuado que esta complexidade e heterogeneidade é mais intensa, e os contrastes bem mais pronunciados nos países do terceiro mundo, sejam eles industrializados ou em processo de industrialização. (JUCÁ, 2000, p. 74).

Todo o processo organizativo da produção, como visto, está em constante aperfeiçoamento, obtendo ganhos de produtividade em escala ascendente, por conseguinte, gerando mais riqueza. Particularmente, o toyotismo representa o sistema organizativo mais produtivo já visto e mais compatível com o contexto pós-moderno da complexidade, isto segundo os detentores dos meios de produção. Infelizmente, toda a melhoria nesses processos, especialmente o aumento de produtividade e riqueza, não tem, em contra-partida, assegurado aos trabalhadores melhores condições de trabalho ou mesmo salariais.

Aliás, toda evolução da organização da produção que tem obtido aumento de produtividade não tem traduzido para o trabalhador sua contrapartida, isto é, melhoria nas condições de trabalho e vida.

## **2.6. Reflexos da Crise.**

Neste tópico, serão abordados os reflexos da crise do Direito do Trabalho. Entende-se como reflexo a reação a uma estimulação (HOUAISS, 2001). As reações à crise do Direito do Trabalho podem ser sintetizadas no discurso da redução de custos, nas práticas flexibilizantes, na precarização do trabalho, na subcontratação (terceirização) e na heterogeneização do trabalho.

### **2.6.1. Redução de Custos.**

O principal argumento utilizado para propor alterações no Direito do Trabalho é a redução de custos, que é considerada como imprescindível perante a concorrência global. Os avanços tecnológicos contribuíram imensamente para a redução de custos, particularmente com o incremento do desemprego estrutural e o aumento de produtividade; entretanto tais ganhos de produtividade, segundo os defensores deste pensamento, não são suficientes para possibilitar a concorrência das empresas nacionais no mercado mundial.

Ao tempo em que o Estado do Bem Estar Social permitiu a expansão do capital no comércio mundial e momentos de pleno emprego, a classe trabalhadora, organizada em sindicatos atuantes e fortalecidos, através de suas lutas coletivas, conquistou melhores condições de trabalho e remuneração (SANTOS, 1999). Para o neoliberalismo em voga, tais condições importam em custos, que precisam ser reduzidos em razão da concorrência mundial. É esta a essência que gera as novas práticas nas relações de trabalho, como a terceirização, flexibilização e precarização.

Este discurso de redução de custos tem encontrado intenso respaldo nos países em desenvolvimento, nos quais, no entanto, os trabalhadores ainda estão sujeitos a intensa exploração e baixa remuneração. No Brasil, é notória a alegação de que os encargos sociais impedem novas contratações, de que o trabalho é extremamente oneroso, a legislação brasileira excessivamente benéfica. Porém, não se chega a esta conclusão quando se compara os custos do trabalhador brasileiro com de outros países.

Ainda que considerado o custo paralelo do direito do trabalho, o custo de mão-de-obra, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo, se comparado a outros países. Segundo informações de Arnaldo Sussekind:

o custo da mão-de-obra no Brasil é igual a R\$ 2,79, enquanto esse mesmo custo no Japão é R\$ 12,84; nos EUA de R\$ 14,83; e, na Alemanha, R\$ 21,50. Relevante destacar, também, que o valor do salário mínimo no Brasil equivale a US\$ 75,00, enquanto que em outros países o valor é bastante superior: Itália, US\$ 500,00; Espanha US\$ 600,00; EUA, US\$ 680,00; Canadá US\$ 920,00; França US\$ 1.000,00; Holanda, US\$ 1.075,00; Dinamarca, US\$ 1.325,00. (SUSSEKIND, 2002, p. 59).

Quando comparado o salário brasileiro com o de países da América do Sul, a situação não difere. Na Argentina o salário mínimo é superior a US\$ 100,00 e, no Paraguai, é exatamente igual aos US\$ 100,00. Ademais, as práticas reducionistas já demonstraram que não trazem vantagens aos trabalhadores, tampouco geram ou asseguram empregos. No mundo, muitos países inseriram em seus ordenamentos jurídicos normas flexibilizadoras. Na Espanha, verificou-se:

alto grado de precarización del mercado de trabajo; incremento de las tasas de accidentabilidad, fundamentalmente debido a que la falta de permanencia en el posto de trabajo impide que el empleado adquiera experiencia en la ejecución de su oficio; *dumping* social entre empresas viejas y nuevas, por la existencia de mayor cantidad de trabajadores permanentes en las primeras; falta de comprobación de la hipótesis que sostiene que una de las ventajas de los contratos temporarios era su bajo costo de extinción. (COSSERMELLI, 2001, p. 1196).

O discurso de redução de custos ataca a legislação trabalhista, culpando-a pela inibição na contratação de novos trabalhadores, em razão do alto custo do salário e dos encargos. Sobre o alto custo do trabalho, constata-se que tal argumento não encontra amparo nos países em desenvolvimento. Quanto aos “encargos”, urge explicitar o componente ideológico (neoliberalismo) contido na denominação do termo, que expressa fardo, peso e excesso. Porém, é inadmissível taxar o repouso semanal remunerado, as férias e o décimo terceiro salário como fardo ou excesso, pois são componentes indispensáveis a um trabalho digno – e por isso são direitos constitucionais – que, conseqüentemente, impõem obrigações aos empregadores, conquistados historicamente nas lutas dos trabalhadores. Da mesma forma, não se pode afirmar que as prerrogativas do consumidor, asseguradas na legislação, são encargos aos empresários.

Convém contestar o principal argumento utilizado pelos que defendem a redução de direitos em troca da garantia de empregos: o mal menor. Ou seja, é preferível a redução de salários ou, mesmo piora nas condições de trabalho em troca da garantia de emprego, ainda que esta garantia seja temporária. Se essa argumentação prevalecesse, logo era também preferível submeter as populações excluídas à condição de escravos, ou, em tempos de pós-guerra, ao invés de assassinar os vencidos, como acontecia costumeiramente na história humana, reduzi-los a escravos, pois se estaria, sem dúvidas, fazendo o mal menor. Tais idéias são tão absurdas contemporaneamente quanto deveria ser a pretensão de aviltar o trabalhador em nome da garantia do emprego.

Sob outro vértice, o discurso de redução de custos produz nítida contradição entre o excesso de trabalho para alguns (empregados) e a inexistência de qualquer trabalho para outros (desempregados), demonstrando que a dinâmica do sistema capitalista prefere a superexploração da jornada extraordinária a contratar novos trabalhadores. Isto porque é mais barato pagar o trabalho extraordinário, com os acréscimos legais, do que criar novos postos de trabalho.

Em conseqüência, constata-se, infelizmente, que as jornadas extraordinárias possibilitam o aumento dos acidentes, em razão da desatenção decorrente do esgotamento e cansaço. Por outro lado, existem também outras conseqüências: biológicas (distúrbios no organismo, doenças ocupacionais e profissionais); sociais (diminuição do convívio familiar e social); psicológicas (distúrbios psíquicos originados no excesso de trabalho), implicando em uma obstinação por mais trabalho ou, no contrário, pela negação do trabalho.

O discurso de redução de custos tem um importante papel nos reflexos da crise do Direito do Trabalho, pois é o principal fundamento da flexibilização, precarização e terceirização.

### **2.6.2. Flexibilização.**

Flexibilizar é o ato de vergar-se ou curvar-se perante algo ou alguém. No entanto, os defensores da flexibilização contextualizam seu sentido como apenas flexibilidade ou adaptação da norma, em face da situação econômica mundial em crise e intensa concorrência. Joaquim Donizeti Crepaldi relata seu surgimento:

O surgimento da flexibilização deu-se na Europa, no início dos anos 80, época de recessão. Mas as causas do aparecimento da flexibilização voltam à Revolução Francesa, que elegeu o liberalismo, contrário à intervenção do Estado na vida econômica e social, bem como ao desenvolvimento do comunismo e do paternalismo estatal. As críticas ao liberalismo extremado e ao radicalismo das correntes ideológicas comunistas levaram ao que se denomina flexibilização. (CREPALDI, 2003, p. 67).

Então, a flexibilização preconiza a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo. José Felipe Ledur destaca:

a flexibilização das normas de Direito do Trabalho se traduz pela atenuação da rigidez que, supostamente, conteriam, e que impediria alterações contratuais exigidas pela nova realidade econômica. Em consequência, sustentam os prosélitos do modelo neoliberal de Estado e de Economia que o fim dessa rigidez normativa será mais um mecanismo imprescindível para a geração de empregos. (LEDUR, 1998, p. 139).

Os ensinamentos de Rodrigues Pinto conceituam assim a flexibilização:

A flexibilização, portanto, importa num deslocamento do Direito do Trabalho em direção à prevalência da vontade de grupos interessados na formação de relações jurídicas por eles reguladas sobre o controle da norma estatal, exercido, ao longo de sua evolução, por meio dos direitos mínimos do trabalhador. (PINTO, 1997, p. 69).

Pode-se identificar três correntes doutrinárias em relação à flexibilização, no Brasil: favoráveis à flexibilização; contrários à flexibilização; moderados ou intermediários.

Para aqueles favoráveis à flexibilização, seu propósito é extremamente benéfico para a sociedade, uma vez que representa uma alternativa para a preservação dos empregos, ainda que com alterações *in pejus* no contrato de trabalho, em face da crise econômica, da intensa competitividade interna e externa e dos impactos dos avanços tecnológicos. Ou seja, optam pela diminuição/retirada de direitos dos trabalhadores, com vistas a reduzir os custos da produção, o que, segundo esta corrente de pensamento, permitirá a sobrevivência da empresa no mercado global.

Para tanto, concebem uma ampla liberdade sindical, na qual a autonomia privada coletiva deve prevalecer, principalmente quando estabelecer diminuição de direitos e vantagens individuais decorrentes de Lei ou do contrato individual. Octavio Bueno Magano e Luis Amorim Carlos Robertella são defensores desta corrente, que opta pela diminuição da regulação nas relações de trabalho.

Os adeptos da corrente contrária à flexibilização sustentam que a legislação trabalhista dispõe sobre um mínimo legal, que somente pode ser ampliado em favor dos trabalhadores, através de negociação coletiva com participação do sindicato ou estipulação no contrato individual. Considerando que o Direito do Trabalho tem por finalidade reduzir a exploração do trabalhador, seu principal princípio, o da proteção, impõe a obtenção, cada vez mais, de conquistas sociais, sem possibilidade de haver retrocesso que importe em diminuição de direitos. Orlando Teixeira da Costa esclarece que “o Direito do Trabalho brasileiro é informado pelo princípio tuitivo, que condiciona toda a sua hermenêutica. A não

ser, pois, que se altere essa rigidez, não é plausível que se chegue a qualquer resultado flexível” (*apud* ROMITA, 2000, p. 193).

A corrente moderada enfrenta, segundo Arion Romita (2000), o seguinte dilema:

Ameaçado pelas duas vertentes opostas (o excesso de flexibilização conduz a desregulamentação, assim como a recusa de qualquer flexibilização produz a supressão da autonomia individual e coletiva), o Direito do Trabalho se vê situado pela anomia (ausência de direito) e pela hipernomia (excesso de direito), o que elimina qualquer possibilidade de racionalidade jurídica. (ROMITA, 2000, p 198).

Esta corrente admite o declínio do princípio da proteção, embora considere imprescindível a existência de uma relativa intervenção estatal nas relações laborais. Assim, os moderados aceitam a flexibilização do Direito do Trabalho, desde que sejam observados alguns limites. Arnaldo Sussekind (2002, p. 55) limita a flexibilização para os objetivos de observância das peculiaridades regionais, profissionais e empresariais, implementação de novas tecnologias e novos métodos de trabalho e preservação da saúde econômica da empresa, sempre respeitando direitos irrenunciáveis e sempre com a participação do sindicato. Nesse sentido, alerta Rodrigues Pinto (1997):

Então, o grande cuidado ao se pensar na flexibilização do Direito do Trabalho, com progressivo distanciamento do Estado, substituído pela presença de interessados diretos das relações coletivas e individuais de trabalho subordinado, é de saber dosá-la, mesmo nos países de economia industrial avançada, em medida suportável pela sociedade sobre a qual irá recair, levando em conta sua estrutura econômica e o instrumental já existente, de modo a assegurar um pelo menos relativo nivelamento de classes. (PINTO, J, 1997, p. 72)

Este alerta tem fundamento, porque, conforme explica o mesmo autor, uma ruptura com a clássica finalidade protetiva do Direito do Trabalho poderá implicar numa ruptura na sociedade. Sugere, então, Rodrigues Pinto que, sendo a flexibilização um imperativo da economia global, deverá ser precedida ou acompanhada de uma seguridade social mais ampla e de uma cultura de atuação sindical representativa (1997, p. 73).

No âmbito normativo laboralista brasileiro, as primeiras leis com natureza flexibilizatória foram da década de 60. A Lei 4923/65 permitia a redução geral e transitória dos salários por meio de negociação coletiva. A Lei 5107 de 1966 que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como sistema alternativo à estabilidade decenal, regra geral

à época. Adiante, a Constituição Federal de 1988 extinguiu a estabilidade decenal, impondo o FGTS como único regime de proteção/garantia ao tempo de serviço.

É, também, a Constituição Federal de 1988, a carta constitucional que mais assegurou direitos dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que previu três hipóteses de flexibilização no Direito do Trabalho. São exemplos de flexibilização a possibilidade de redução de salários (art 7, VI da CF), aumento da jornada de trabalho e sistemas de compensação, através de Acordo ou Convenção Coletiva. Esta dualidade é condizente com a pluralidade e contradições da Assembléia Constituinte de 1988 que, mesmo consagrando constitucionalmente inúmeros direitos insertos na CLT, possibilitou, ainda, amplas hipóteses de flexibilização em direitos fundamentais como o salário e a jornada de trabalho.

Isto tem conduzido a inúmeras críticas. Com efeito, a flexibilização tem servido à diminuição da proteção trabalhista, e também previdenciária, com fundamentos econômicos, em favor do barateamento da produção e aumento de lucros das empresas. Souto Maior assevera:

A teoria da flexibilização (que reflete mera intenção de reduzir os custos do trabalho) se impõe, apresentando-se como moderna, embora tenha estado na própria origem paradoxal das primeiras leis trabalhistas. Lembre-se que o conflito trabalhista foi identificado, desde seus primórdios, como o choque de interesses distintos de empregados e empregadores: os primeiros querendo trabalhar menos e ganhar mais; os últimos, querendo que os trabalhadores trabalhem mais por menores salários.” (2003, p. 1290).

### **2.6.3. Precarização.**

Outro fenômeno que tem ascendido no contexto da crise do Direito do Trabalho, é denominado comumente de desregulamentação, embora se adote, neste trabalho, por ser mais adequado, cunhá-lo como precarização (FREITAS, 2001). A precarização é, de fato, a eliminação do Direito do Trabalho, uma vez que “torna o contrato e as condições de trabalho mais frágeis ... tornam as empresas mais livres para contratar e dispensar empregados ... retiram do Estado atribuições relacionadas a proteção trabalhista e/ou previdenciária” (FREITAS, 2001, p. 6).

José Martins Catharino entende a desregulação como a pretensão de “reduzir ao máximo as regras ditadas pelo Estado e aumentar a privatização normativa. Diminuir a caudal legiferante pública por assoreamento de origem privada” (CATHARINO, 1997, p. 42).

Desta forma, pode ser considerada uma postura mais extremada do que a flexibilização porque pretende a retirada de regulamentação, delegando para a autonomia privada o estabelecimento das condições de trabalho e sua retribuição. É a anomia no dizer de Romita (2000), ou seja, inexistência de regulação legal de caráter protetivo para o trabalho, que, assim sendo, deverá individual ou coletivamente ajustar com o empregador os termos do contrato de trabalho. A título de diferenciação, a flexibilização reside na seara interna do contrato, realizando redução/adaptação dentro dos termos estabelecidos no contrato de emprego, enquanto a precarização age na seara externa do contrato, uma vez que não assegura qualquer direito ou vantagem estabelecida no contrato, por isso é chamado de contrato precário.

Em todo o mundo ocorreram, na década de 80 e 90 do século passado, a flexibilização e a precarização no âmbito legislativo, coletivo e sindical. No Brasil, além do FGTS e da CF de 1988, registre-se que o Governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) implementou uma verdadeira reforma trabalhista, de forma parcelada, fragmentada e dispersa, que quase não é percebida. São exemplos dela o banco de horas (Medida Provisória 1709 e 1779), o contrato a tempo determinado (Lei 9601/98), o contrato parcial (Medida Provisória 1709/1779), o serviço voluntário (Lei 9608/98), o procedimento sumaríssimo (Lei 9957/2000) e a comissão de conciliação prévia (Lei 9958/2000).

Destaque-se como a mais ofensiva precarização o contrato parcial (Medida Provisória 1709/1779). Sem adentrar no debate acerca da constitucionalidade formal da Medida Provisória, o contrato parcial é extremamente ofensivo aos ditames e valores da Carta Magna. Acatar que o salário mínimo, disposto no art 7, VI da Constituição Federal que, com os valores estabelecidos na legislação infraconstitucional efetivamente não cumpre o quanto preconizado na Lei maior, possa ser, ainda, reduzido proporcionalmente ao tempo de trabalho, é também concordar que, para esses trabalhadores, somente lhe restará uma vida parcial – aquela também proporcional ao salário recebido – implicando em refeições parciais, moradia parcial, higiene parcial, entre outras parcialidades. Esta norma,

portanto, é manifestamente violadora da dignidade humana, não obstante ser cotidianamente corroborada pela sociedade e pelos tribunais.

Além do plano legislativo, pode-se constatar interpretações judiciais flexíveis, que têm minorado o caráter protecionista do Direito do Trabalho. Vale citar a Orientação Jurisprudencial número 244 da SDI-I do TST que permite à redução salarial do professor quando há redução de turmas, que transcreve-se:

PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE.  
Inserida em 20.06.01

A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula. (TST, 2005).

Da simples exegese depreende nesta jurisprudência uma colisão com a regra do artigo 468 da CLT que veda a alteração contratual lesiva para o empregado – como é aquela que reduz o salário – , como, de igual modo, há conflito com o artigo segundo da CLT que impõe ao empregador o risco do negócio. A assertiva de que, na inteligência da OJ, haveria preservação do valor da hora-aula do professor, não permite concluir que o professor, normalmente habituado a perceber aquele volume de remuneração, tenha, em razão do risco do negócio, que ter redução salarial. De outro modo, o artigo 483, alínea g faculta ao trabalhador considerar seu contrato extinto quando a redução salarial em remuneração estipulada por tarefa (que serve analogicamente à remuneração por hora), o que descarta uma enunciação totalmente antagônica à OJ 244. Sem dúvida, trata-se de exemplo de jurisprudência flexível.

Destarte, a flexibilização e precarização têm sido as principais estratégias utilizadas pelos pensamentos que defendem a redução de custos, em nome da garantia do emprego, no entanto, tem significado a redução ou mesmo eliminação de direitos sociais conquistados pelos trabalhadores. Em consórcio com estas estratégias, tem-se, na seara da organização produtiva, empregado dois fenômenos: a terceirização e a heterogeneização das formas de trabalho.

#### **2.6.4 Terceirização.**

A Terceirização, originada no toyotismo, fundamenta-se em argumentos de ordem técnica que sustentam uma maior e melhor produtividade, através desta forma organizativa da produção. Alega-se que a transferência de funções e atividades não relacionadas com a atividade-fim (denominadas de atividades-meio) resulta em melhor qualidade, porque esta atividade será delegada a uma empresa terceirizada tecnicamente especializada para a função e, conseqüentemente, importará em maior produtividade, eis que a empresa que terceiriza concentrará suas energias na atividade fim. Há, ainda, a vantagem de que uma empresa pequena, como são normalmente as prestadoras de serviços, pode controlar e fiscalizar mais intensamente seus trabalhadores, reduzindo os custos. Argumenta-se que, com a terceirização, há diminuição de custos e, em decorrência, diminuição dos preços, favorecendo o consumo.

Nesses termos, a terceirização caracteriza-se pela presença de um intermediário entre o trabalhador e a empresa que usufrui dos serviços deste. Trata-se da sublocação, isto é, na terceirização a força de trabalho não é locada diretamente a empresa que recebe o resultado do trabalho, mas inicialmente locada a um terceiro, que subloca a uma outra empresa, que corresponde a tomadora dos serviços.

Constata-se, portanto, uma dissociação da figura do empregador, posto que existe um que admite e assalaria e outro que dirige os serviços. É este o conceito de Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho a terceirização é fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a esse os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação de trabalho trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza as 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 do serviço, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2004, p. 424).

Valentin Carrion expressa, nestes termos, o conceito:

A terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com

empregados desta; transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos. Quando não fraudulenta é manifestação de modernas técnicas competitivas. (CARRION, 2004, p. 295).

Rodrigo Carelli explica que a terceirização não se coaduna com o fornecimento de trabalhadores ou terceirização de mão-de-obra, mas citando a Ciência da Administração, define como “a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada com sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal” (CARELLI, 2004, p. 44).

Rodrigues Pinto assevera que a terceirização não é algo novo, pois há muito tempo a Justiça do Trabalho depara-se com julgamentos decorrentes de contratação de trabalhadores para serviço de apoio em outras empresas. Prossegue formulando uma apropriada crítica ao vocábulo:

O neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa, por via de nenhuma das derivações, a idéia que pretende passar, ou porque a empresa prestadora de serviço não é um terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a empresa tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. (PINTO, 1997, p. 143).

Então, sugere Rodrigues Pinto, considerando que a terceirização é um contrato de prestação de serviços de apoio empresarial, um novo termo para o fenômeno: contrato de apoio empresarial ou contrato de atividade de apoio (1997, p. 144).

Márcio Túlio Viana relata que, em função da competitividade decorrente da globalização, a terceirização se torna uma necessidade imposta por esse sistema, apontando como caminho para a redução de custos o expulsar da empresa o controle de etapas do processo produtivo. Márcio Túlio Viana afirma que:

Entre os economistas, essa prática também é conhecida como outsourcing ou putting-out. No Direito Comparado em geral, se usa o termo subcontratação. A empresa joga para suas parceiras algumas das – mesmo todas as – as etapas de seu ciclo produtivo, enxugando-se. (VIANA, 2002, p. 776).

É preciso desvelar que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassa para uma terceira a responsabilidade por uma etapa do processo produtivo, e, por conseqüência, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e

previdenciárias. Registre-se que também possibilita um regime de diferenciação entre os empregados diretos e os terceirizados, confirmada pela distinta representação sindical e inclusive com parâmetros salariais incompatíveis. Propicia, então, o surgimento de pequenas empresas ao redor da tomadora, sem idoneidade, incorrendo, geralmente, no inadimplemento dos créditos trabalhistas. “Mas existe outro detalhe importante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retorna sem proteção, seja por meio de terceirizações internas, como por meio das externas” (VIANA, 2002, p. 785)

Entretanto, todos os esses argumentos omitem a real fórmula de redução de custo. É bastante paradoxal que um serviço específico e realizado por uma empresa especializada seja oferecido por preços menores do que se fosse realizado por trabalhadores não-especializados, pois o trabalho especializado é, normalmente, mais caro do que o simples. A redução de custos é explicada pela redução da contraprestação salarial, uma vez que a empresa terceirizada emprega trabalhadores dispersos, distintos e isolados, utilizando-se práticas de sonegação de direitos trabalhistas e previdenciários, e, principalmente pelo pagamento de salários inferiores aos praticados na empresa que terceiriza. Márcio Túlio Viana relata a seguinte pesquisa:

O estudo do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67,5% níveis salariais mais baixos. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias. (2003, p. 781).

Além destes problemas, a terceirização representa o enfraquecimento da categoria e dos sindicatos de trabalhadores, pois dificulta a organização associativa. No sistema jurídico brasileiro, o enquadramento sindical é definido pela atividade econômica predominante da empresa, que implica dizer que os trabalhadores terceirizados não têm direitos às vantagens coletivas praticadas nas empresas tomadoras dos serviços, pois seu vínculo não é com esta empresa que terceiriza o serviço, no qual ele trabalha, mas sim com uma terceira, que comumente tem como atividade econômica a prestação de serviços ou locação de mão de obra.

Percebe-se, então, que há imediatamente uma exclusão das vantagens normativas, não obstante o trabalhador terceirizado exercer uma função que, se não houvesse o vínculo interposto com uma terceira, lhe garantiria as mencionadas vantagens.

Há, também, uma dispersão da categoria de prestadores de serviços que dificulta a formação ou o fortalecimento de um sindicato que possa representar e pleitear melhoria nas condições de trabalho. Portanto, o modelo terceirizante e toyotista é nitidamente anti-sindical e prejudicial ao trabalhador, criado com o intuito de reduzir salários e enfraquecer os sindicatos. Nesse sentido, “a quebra do movimento operário se explica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re)descobriu ou (re)inventou. Ela permite resolver a contradição entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva.” (VIANA, 2002, p. 789).

A organização toyotista, no intento do máximo aproveitamento, reduz não só o estoque de peças, mas também o estoque de mão de obra, ao ponto de se considerar que “a fábrica tende a se tornar uma mera gerenciadora de mão de obra, num movimento inverso ao dos tempos fordistas. É que o que alguns vêm chamando de empresa vazia.” (VIANA, 2002, p. 781).

#### **2.6.5. Heterogeneização das formas de Trabalho.**

O mundo do trabalho é atualmente caracterizado pela heterogeneização das formas de trabalho, particularmente com o decréscimo do trabalho classicamente assalariado, o emprego. Frise-se que a redução do emprego, em favor de relações precarizadas ou supostamente autônomas, importa em exclusão de um imenso contingente de trabalhadores do sistema protetivo trabalhista, social e previdenciário. Esse novo mundo do trabalho criou, conseqüentemente, uma classe trabalhadora, assim definida por Antunes:

Essas mutações criaram, portanto, uma classe trabalhadora mais heterogênea, mais fragmentada e mais complexificada, dividida em trabalhadores qualificados e desqualificados do mercado formal e informal, jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais, brancos e negros etc., sem falar nas divisões que decorrem da inserção diferenciada dos países e de seus trabalhadores na nova divisão internacional do trabalho. (2003, p. 184)

Assim, a heterogeneização implica a conformação de um mundo do trabalho plural, diferenciado, multifacetado e difuso. Vejamos a referida pluralidade nas possibilidades de trabalho no mundo contemporâneo:

Encontramos entre essas formas o trabalho temporário, o estágio, o trabalho em tempo parcial, autônomos, falsos autônomos, cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, eventuais, avulsos, freelancers, domésticos, diaristas, horistas, empreiteiros, subempreiteiros, trabalhadores com emprego partilhado (job sharing), trabalhadores a distancia, contrato de solidariedade externo ou expansivo, trabalhadores engajados em contratos civis etc. (CARELLI, 2004, p. 17).

Com acerto, registra Rodrigo Carelli dois importantes problemas caracterizadores destas formas multifacetadas e heterogêneas de trabalho:

Correspondendo à lógica de erosão das características típicas do espaço tradicional da empresa, ocorrem dois problemas: a opacidade do empregador real e falta de tipicidade, ou seja, desconexão entre o conceito de trabalho subordinado, levando ambos os problemas à inefetividade das normas trabalhistas infraconstitucionais, e mesmo dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. (CARELLI, 2004, p. 17).

Os dados sobre o mundo do trabalho sustentam a heterogeneidade de suas formas no Brasil, com a tendência à diminuição da contratação de trabalho através de vínculo empregatício. O aumento do trabalho sem proteção legal “indica uma estratégia de sobrevivência em face da perda da ocupação formal” (CUT, 2003). Esta heterogeneidade, comumente chamada de trabalho informal, comporta uma complexidade de formas de trabalho compreendidas, na classificação da CUT (2003), da seguinte maneira: trabalho precário (contratações ilegais e em desrespeito à Lei); sub-emprego (trabalho parcial e temporário); e atividades tipicamente não capitalistas (pequenos autônomos e grupos familiares vinculados ao sistema simples de produção). Nesta complexidade, identificam-se trabalhadores subordinados, embora não-empregados, que se encontram totalmente à margem da proteção tutelar do Direito do Trabalho.

Esta assertiva é confirmada pelo o quadro de ocupações do DIEESE:

DESEMPREGO E MERCADO DE TRABALHO - RMS, 1997-2003

**Tabela 3**

Estimativas dos Ocupados, segundo Posição na Ocupação  
Região Metropolitana de Salvador 1997-2002

Posição na Ocupação	Anos		
	1997	1999	2003
<b>Ocupados</b>	<b>1.074</b>	<b>1.051</b>	<b>1.249</b>
<b>Total (1)</b>	<b>100</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
<b>Assalariados Setor Privado</b>	<b>55</b>	<b>58</b>	<b>59</b>
Com Carteira Assinada	29	30	35
Sem Carteira Assinada	10	12	11
Assalariados Setor Público	16	16	14
<b>Autônomo</b>	<b>25</b>	<b>24</b>	<b>25</b>
que Trabalha para o Público	20	18	20
que Trabalha para Empresa	4	6	5
<b>Empregadores</b>	<b>5</b>	<b>4</b>	<b>4</b>
<b>Empregados Domésticos</b>	<b>11</b>	<b>11</b>	<b>10</b>
<b>Demais</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>3</b>

**Fonte:** PED RMS-SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE

(1) Inclusive os Assalariados que não sabem o tipo de empresa em que trabalham.

(FONTE DIEESE/BA, 21/01/2004)

Pode-se, portanto, analogicamente, dividir o mundo do trabalho em dois grupos de trabalhadores: os incluídos, com perfil de profissional especializado e/ou detentor de técnica, contratado nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, embora representem um pequeno contingente no total dos trabalhadores; os excluídos, os demais não englobados no tipo anterior e que não se configuram como autônomos, por não terem perfil especializado, sendo submetidos a contratações precárias ou mesmo a uma relação civil de prestação de serviços, na qual prevalece a hiper-exploração, em razão de que cabe aos trabalhadores todo o risco e custo da atividade, não obstante seja da empresa contratante a possibilidade de fixação da retribuição. O modelo toyotista pretende, então, “em vez de incluir, excluir – empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo.” (VIANA, 2002, p. 779).

Aldacy Rachid Coutinho sintetiza a questão: “A constante fragmentação das relações jurídicas determina uma preponderância da variabilidade do trabalho sobre a unicidade do emprego, com o esvaziamento do próprio direito do trabalho.” (2000 b, p. 172).

## 2.7. A Crise do Direito do Trabalho e suas tendências.

Como visto, o contexto crítico que perfaz a crise do Estado (decorrente da globalização e do neoliberalismo), a crise da ciência (advinda das críticas pós-modernas ao cientificismo e o positivismo), a crise do Direito (inserta na crise da ciência, mas acrescida das críticas ao formalismo, patrimonialismo e individualismo) e a crise das formas tradicionais de trabalho, notadamente o emprego, engendram a crise do Direito do Trabalho, uma vez que atingem seus pilares principais, quais sejam, o Estado, o Direito e o Trabalho.

Márcio Túlio Viana assinala:

Para um regime instável de hoje, um direito precário, fragmentado, quebradiço. Um direito que poderia até ser chamado de pós-moderno, posto que pragmático, caótico, oscilante. Mas que nem por isso deixa de ter uma diretriz: quer se estabilizar na instabilidade, quer flexibilizar para endurecer [as formas de exploração do trabalhador]. Afinal, a empresa exige redução de custos, e um de seus custos é próprio direito (VIANA, 2004, p 169).

Constata-se, no plano jurídico, que os efeitos da crise do Direito do Trabalho são confirmados pela adoção da flexibilização, precarização e sub-contratação (ou terceirização), ressaltando-se a heterogeneidade das formas de trabalho, de ordem sociológica, também conhecida como “trabalho informal”. Estes efeitos indicam que, perante a crise, têm-se identificado tendências ou alternativas para o direito laboral. A grosso modo, pode-se agrupá-las em duas direções: liberalizantes e protecionistas.

Este primeiro grupo sugere que as relações de trabalho devem ter uma maior liberalização na tutela do empregado, afrouxando ou diminuindo a proteção ou mesmo as vantagens estabelecidas na lei ou nas estipulações coletivas ou individuais no contrato de trabalho. Pregam, conseqüentemente, a prevalência da autonomia privada em detrimento da legislação trabalhista, sustentando que seria esta a única forma de garantir empregos diante da competitividade global e das novas formas produtivas.

O sentimento que inspira esta liberalização pode ser representado na afirmativa de Maurice Cohen (*apud* ROMITA, 2000, p. 185): “O volume do Código de Trabalho engrossa continuamente, enquanto diminui o número de trabalhadores aos quais ele se aplica” Tal idéia pode também ser analisada como:

A legislação estatal, imposta de cima para baixo, enrijece as relações e trabalho, quer individuais quer coletivas. Deixa pouco espaço para a flexibilidade, ou possibilidade de adaptação às exigências de cada hipótese concreta. Esta legislação aumenta constantemente, mas o desemprego reduz o universo de trabalhadores aos quais ela se aplica. Poderia até supor que a rigidez da legislação do trabalho provoca o desemprego. (ROMITA, 2000, p. 185)

Com efeito, o próprio Arion Romita reitera a última assertiva, pois entende que o desemprego também decorre da rigidez ou volume de normas tutelares do trabalhador. Isto porque, segundo Arion Romita (2000, p. 186), esta rigidez dificulta a admissão, ao mesmo tempo em que facilita a atividade informal.

Percebe-se que este pensamento conduz o Direito do Trabalho ao retorno ao plano da igualdade de partes, que caracteriza o Direito Civil. A opção por este modo de conceber o juslaboralismo, importa, de fato, na própria anulação da autonomia do Direito do Trabalho, gerando, sucessivamente, sua destruição. Noutro sentido, a liberalização da tutela trabalhista negaria a sua função eminentemente protetiva do trabalhador, que é a característica essencial e, por lógica, imprescindível ao Direito do Trabalho.

Portanto, a liberalização, que inspira a flexibilização, a precarização e a terceirização, se levada a cabo integralmente, provocará o fim do Direito do Trabalho, porque, ao aplicar ao empregado e ao empregador a igualdade civilista – no sentido formal -, além do retrocesso, estaria ignorando, como almejam seus defensores, a função de proteção dos trabalhadores ante a exploração existente no trabalho subordinado.

O pensamento protecionista é ainda hegemônico, mas encontra-se mitigado por posturas moderadas que têm aceitado a flexibilização, a precarização e a terceirização, desde que observados certos limites. O fundamento deste protecionismo é originado diretamente na exploração do trabalho na sociedade capitalista que impõe individualmente ao trabalhador uma condição mais fraca e dependente. Além deste fundamento, há que se destacar que a dignidade humana é fundamento maior dos ordenamentos jurídicos contemporâneo, que no Direito do Trabalho atrai a proteção ao trabalhador. Leciona Mário De La Cueva que

A finalidade imediata do Direito do Trabalho é elevar os níveis de vida dos homens para que possam desfrutar do espetáculo da natureza e dos bens produzidos pelo trabalho material e intelectual de nossos antepassados e pela ação criadora daqueles que convivem conosco. (CUEVA, 1965, p. 9).

Nesse sentido, não se pode considerar ou tratar igualmente o trabalhador, ainda hipossuficiente, e, por conseqüência, fraco e dependente do trabalho para assegurar sua sobrevivência, com o empregador que detém o poder de admitir e despedir numa conjuntura de altos índices de desemprego e de exclusão social. Com razão Luiz Otávio Renault, ao dizer que

O Direito do Trabalho não se convence do argumento corriqueiro atualmente rechaçado em acanhada proporção até pelo novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11.1.2003, de que todo homem é livre e igual, capaz em direitos e obrigações, por isso apto a celebrar e a cumprir o contrato que desejar com as cláusulas que bem entender, sem dirigismo estatal, sem preocupação com a difusa destinação social do contrato. (RENAULT, 2004, p. 66).

A reestruturação produtiva, as novas tecnologias e a diminuição da intervenção estatal não têm provocado melhoria nas condições de trabalho e remuneração na atualidade, o que mantém a condição de hipossuficiência dos trabalhadores, reafirmando a necessidade de proteção. Depara-se, ao revés, não com trabalhadores dependentes, em larga escala, proveniente da grande fábrica no Estado do Bem Estar Social, mas encontra-se precisamente uma fragilidade difusa, heterogênea e complexa, dificultando a organização coletiva destes trabalhadores e sua capacidade de reivindicação, que tem que conviver com o aterrorizante desemprego.

Urge confirmar a dignidade humana. Na análise de documentos normativos (Carta Internacional dos Direitos Humanos e Constituição Federal), pode-se identificar uma filosofia subjacente aos direitos humanos, centrada na dignidade essencial do homem, que impede toda forma de instrumentalização do ser humano (coisificação). Partindo de um personalismo ético que reconhece em cada homem, um fim, um sujeito, um valor, uma dignidade inalienável, a dignidade humana é conceituada como algo inalienável e com responsabilidade insubstituível. Sendo assim, as modificações nos processos produtivos advindos dos avanços tecnológicos, a reestruturação produtiva e a redução de custos têm que observar estes preceitos, devendo, ainda, ser compromissárias da reinvenção da concepção de trabalho, como expressão de dignidade humana. Assinala Alceu Lima:

Qual a razão última de ser do trabalho e das normas que devem regê-lo? A felicidade humana. O homem, não trabalha para se agitar, para aplicar o excesso do seu dinamismo, para produzir riquezas ou para obedecer a uma injunção divina. O trabalho não é uma agitação vã, nem uma válvula de segurança, nem um dinamismo econômico, nem uma penalidade pelo

pecado. O trabalho é o caminho para a felicidade. O homem trabalha para ser feliz. O trabalho é o meio que lhe permite, moralmente, realizar ou não, condições essenciais de sua felicidade, vencendo ou não os obstáculos que por natureza se lhe opõem. (LIMA, *apud* PINTO, 2000, p. 1490)

Assim, os novos trabalhadores que se submetem, em razão da necessidade, a contratações flexíveis, novas formas de contratação e até mesmo à inexistência de contratação – precarização, continuam a carecer de proteção. Nestes termos, o princípio da proteção, mesmo estando mitigado pelas tendências liberalizantes, resiste à crise do Direito do Trabalho, tornando imperativo para a (re)afirmação de um Direito do Trabalho comprometido com a proteção do mais fraco e com a dignidade humana. Luiz Otávio Renault apresenta a seguinte razão para a crise:

Talvez a crise exista mesmo e seja fruto da ganância do capital, que flutua por diversos mercados, sempre ávido por mais e mais lucros. Talvez, como assinalado, seja o avanço das novas e modernas técnicas da produção: basicamente a automação, a robotização e a microeletrônica. Talvez o retorno ao individualismo exagerado, fruto de um modelo fordista que esteja realmente em franco declínio. ... Flexibilizar o Direito do Trabalho talvez seja uma maneira, digamos assim, pelo menos jurídica, de colocar o contrato de trabalho um pouco “fora da lei” (RENAULT, 2004, p. 76)

Portanto, as tendências para a crise do Direito do Trabalho aportam em duas correntes: uma liberalizante, expressão genuína do neoliberalismo e incentivadora da flexibilização e da precarização; uma protecionista, que, imbuída do princípio da proteção e corroborando com a dignidade humana, reafirma a natureza tutelar do Direito do Trabalho.

Neste contexto crítico, constata-se que as inovações tecnológicas e a reestruturação produtiva forjaram uma crise no conceito clássico de subordinação, o que também ensejou a crise do Direito do Trabalho. Diga-se, de passagem, que a fuga à subordinação tradicional é notadamente um movimento intencional, pois procura fugir da tutela trabalhista da relação empregatícia, visando à redução das despesas. “Forçado a autonomia, o trabalhador não chega a ser autônomo de fato: mesmo em seu micro-negócio, carrega um estigma de desempregado. Aliás, muitas vezes, continua a ser um verdadeiro empregado, pois a relação de dependência não termina: apenas se desloca e se transveste” (VIANA, 2004, p. 185). Márcio Túlio Viana continua:

O conceito de subordinação, que era unívoco e se ampliava sempre, alcançando um número crescente de pessoas, tende hoje a se partir em dois: de um lado, os realmente dependentes, aos quais se aplicam as velhas

garantias; de outro, os parassubordinados, para os quais se procuram soluções a meio caminho, como acontece com certo projeto de lei. Com isso, de forma inteligente, difunde-se a idéia de que está havendo mais proteção, quando, na verdade, quebra-se a marcha expansiva do Direito do Trabalho: os trabalhadores fronteirços, que seriam tendencialmente considerados empregados, passam a constituir uma nova (sub)categoria jurídica. (VIANA, 2004, p. 173).

A investigação acerca do princípio da proteção, na contemporaneidade, deverá, necessariamente, perquirir sobre o critério de aplicação do Direito do Trabalho, ou seja, sobre seu critério de aplicação do núcleo basilar do juslaboralismo: a proteção. Neste *inter*, no capítulo seguinte analisar-se-á os critérios de aplicação do Direito do Trabalho e respectiva crise do emprego, confrontando-os com as novas relações de trabalho.

## **Capítulo III – Crise da Subordinação Jurídica.**

### **3.1. Intróito.**

No capítulo anterior, foram identificados os reflexos nas relações de trabalho do conjunto de fenômenos que foram, nesta pesquisa, intitulados de *Crise do Direito do Trabalho*. Constatou-se que as novas relações de trabalho têm se caracterizado como relações distintas e diferenciadas da relação de emprego, exatamente porque têm mitigado ou mesmo extirpado a modalidade marcante do emprego: a subordinação jurídica. Verifica-se que o declínio do trabalho subordinado associa-se nitidamente à tentativa de elisão da proteção trabalhista. O decréscimo do trabalho subordinado tem sido denominado de crise da subordinação jurídica.

Este capítulo propõe-se a analisar o critério definidor da aplicação da proteção juslaboral nas relações de trabalho: a subordinação jurídica. É através da identificação da relação de emprego, essencialmente vinculada a existência de subordinação jurídica, que se manifesta a aplicação do Direito do Trabalho e, por conseguinte, do seu princípio basilar que é o princípio tutelar ou da proteção.

Tratar-se-á neste capítulo dos critérios utilizados para a aplicação do Direito do Trabalho e a respectiva proteção nas relações de trabalho, especialmente perpassando as teorias da Dependência e Subordinação, bem como investigando a recente noção de parassubordinação. Para tanto, a premissa imprescindível para a identificação dos critérios de aplicação da disciplina estudada reside na investigação da origem do Direito do Trabalho (gênese), ainda que de forma sucinta e, principalmente, no diagnóstico da sua essência e fundamentos (ontologia).

### **3.2. Gênese.**

Cumprindo antes de analisar-se a gênese da disciplina laboral, acolher a premissa de Máximo De La Cueva, que vincula intrínseca e inseparavelmente o Direito do Trabalho à dignidade humana.

A história do Direito do Trabalho é um dos episódios na luta do homem pela liberdade, pela dignidade pessoal e social e pela conquista de um mínimo bem-estar, que, ao mesmo tempo dignifique a vida da pessoa humana, facilite e fomenta o desenvolvimento da razão e da consciência. (DE LA CUEVA, 1965, p. 21)

O modo de produção capitalista difere<sup>2</sup> substancialmente das demais e anteriores formas de organização da produção, pois nele há separação entre aqueles que detêm os meios de produção dos outros que, somente tendo sua força de trabalho, sujeitam-se a vendê-la em troca de remuneração, a qual é muito aquém em relação à riqueza produzida pelo trabalho humano. Tem-se a divisão social do trabalho e a alienação:

*A divisão do trabalho é a expressão econômica do caráter social do trabalho no interior da alienação. [...] A respeito da essência da divisão do trabalho – que naturalmente teria que ser considerada como motor principal da produção da riqueza –, tão logo se reconhecesse o trabalho como essência da propriedade privada – isto é, a respeito da figura alienada e alheada da atividade humana como atividade genérica, [...]. (MARX, 1978, p. 24)*

Anteriormente ao Capitalismo, a manifestação do trabalho humano e de sua organização baseava-se, para os poucos trabalhadores livres, na venda do produto do seu trabalho, isto é, não havia apropriação do trabalho alheio. Na Roma antiga, o trabalho humano era normalmente prestado a outrem, sob forma de empreitada, com ajuste sobre o objeto do serviço, valor, duração e, com o traço marcante da assunção dos riscos do negócio pelo trabalhador prestador dos serviços (*locatio operis*). Excepcionalmente, havia estipulação não sobre o resultado da prestação de trabalho, mas sim sobre a própria disposição da força de trabalho ao tomador com direção deste e, por conseqüência, com os riscos por conta do tomador (*locatio operarum*). A exceção não prejudica a afirmação da prevalência da empreitada<sup>3</sup>, pois estas locações eram mais utilizadas e porque considerável parte do trabalho subordinado era prestado pelos escravos.

A doutrina juslaboralista vincula essencialmente o surgimento do Direito do Trabalho ao movimento cunhado pela história como Revolução Industrial, iniciado pelo

---

<sup>2</sup>“O trabalho humano e suas repercussões sociais são tão velhos quanto os primeiros impulsos de civilizações oriundas do racionalismo. Todavia, a relação entre trabalho humano prestado pessoalmente em proveito de outrem e retribuído como forma sistemática de utilização da energia produtiva só foi propiciada realmente com o advento da chamada *Revolução Industrial* do início do século XVIII.” (PINTO, J, 2005, p. 23).

<sup>3</sup>“Em Roma, o campo de aplicação da locação de serviço (*locatio operarum*) era limitado. Em primeiro lugar, porque a produção de riqueza era tarefa desempenhada pelos escravos [...] Em segundo lugar, os romanos não concebiam que o trabalho de certos intelectuais, como os advogados, e preceptores, constituísse objeto de locação.” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 114.)

advento da máquina a vapor. Nesta linha, temos Orlando Gomes e Élon Gottschalk (2005), Rodrigues Pinto (2005), entre outros. Martins Catharino<sup>4</sup> destoa ao afirmar que a origem do Direito do Trabalho não se limita à Revolução Industrial, mas à conjunção desta com o fenômeno chamado de *questão social* (hipossuficiência e consciência de classe). Poder-se-ia associar o surgimento deste ramo jurídico com a conjugação de três elementos: Revolução Industrial; Liberalismo; Consciência de Classe.

A Revolução Industrial implicou estruturais mudanças na forma de organizar a produção, engendrando uma categoria de trabalhadores que venderiam sua força de trabalho. A filosofia liberalista incentivava a total liberdade nas relações privadas, sem qualquer intervenção estatal. Nas relações de trabalho, a autonomia da vontade acarretou contratos leoninos e atentatórios à dignidade do trabalhador, posto que este – tendo no trabalho seu meio de sobrevivência – não estaria em condições de negociar os termos do contrato de trabalho, relegando ao empregador a definição do seu conteúdo. Isto foi denominado por Alfredo Palacios<sup>5</sup> como *Liberdade Liberticida*. (SUSSEKIND, 2004, p.15).

Frente a essa situação, a concentração das massas de trabalhadores produziu, pela similitude das condições de vida, uma consciência coletiva, uma consciência de classe. As péssimas condições de trabalho conclamavam os trabalhadores à luta, eis que nada tinham a perder perante a dificuldade que viviam. “O Direito do Trabalho é obra desses homens que se perderam, por já não terem o que perder” (VIANA, 2005, p. 261). Então, a partir da organização coletiva, a luta reivindicatória consorciada com a utilização do máximo instrumento de pressão dos trabalhadores – a greve – ocasionou um processo de conquistas, normativizações no plano coletivo. Posteriormente, a influência da Igreja Católica simbolizada na encíclica *Rerum Novarum*, aliada a concepções humanistas, ensejaram o sentimento da *questão social*<sup>6</sup>, estabelecendo o esteio para a atuação legislativa do Estado,

---

<sup>4</sup> “[O Direito do Trabalho] não é mero reflexo e automático da realidade. É, também, fruto, de aspirações justiceiras e de pensamentos humanos. Da razão e do sentimento. No curso histórico, fatos podem ser a causa principal de idéias, sendo a recíproca verdadeira”. (CATHARINO, 1982, p. 4)

<sup>5</sup> Alfredo Palacios dizia que “a liberdade de trabalho liberticidade foi soberana. Não só romperam os obstáculos que a idade e o sexo impunham à jornada extorsiva. Até conceitos de dia e noite, de uma simplicidade singela nos velhos estatutos, pois a jornada de trabalho estava regulada pela luz do sol, obscureceram-se.” (apud SUSSEKIND, 2004, p.15).

<sup>6</sup> “Mais precisamente, a questão social revela a necessidade de proteger e valorizar uma dada classe de cidadãos – a dos trabalhadores – vale dizer, aqueles que fruem, predominante ou totalmente, do próprio trabalho os meios de subsistência.” (SANSEVERINO, 1976, p. 10)

mediante intervenção nas relações de trabalho com regulamentações protetivas dos hipossuficientes.

Não obstante o Direito Laboral ter surgido como conquista da ação organizada dos trabalhadores na Europa, suas características no Brasil são bastante distintas, uma vez que, no sistema brasileiro, a iniciativa estatal predominou, configurando um modelo de normatização autoritário corporativo (DELGADO, 2004, p. 120). Todavia, deve-se lembrar que o seu início foi demarcado por uma incipiente organização sindical, sob inspiração da ideologia anarquista proveniente da formação política dos imigrantes europeus que compunham parte considerável dos trabalhadores no Brasil. Logo, a afirmação de que o Direito do Trabalho no Brasil representou uma dádiva da lei não pode ser propalada, uma vez que não se coaduna, de forma fidedigna, com a história<sup>7</sup>.

A era Vargas implementa, nas relações de trabalho, uma nova política, intrinsecamente intervencionista e protetiva, assegurando, inquestionavelmente, uma série importante de direitos e vantagens, nas relações de emprego, aos trabalhadores individualmente considerados. Em contrapartida, implementou uma estratégia de atrelamento da organização coletiva dos trabalhadores ao Estado, importando sua cooptação e dominação, ao controlar a criação até a extinção dos sindicatos, ao definir seus objetivos, administração, receitas e eleições. A época, o controle estatal era tão intenso ao ponto da doutrina trabalhista imputar ao sindicato uma nova natureza jurídica: ente de Direito Público, eis que inserto no modelo corporativista autoritário.

Infere-se que o trabalhismo de Vargas inicialmente garantiu aos trabalhadores uma proteção trabalhista inimaginável para a época, considerando a capacidade de organização e conquista do movimento sindical. No entanto, seu preço foi indubitavelmente alto, posto que causou a aniquilação do potencial emancipatório da ação coletiva dos trabalhadores, produzindo o chamado “sindicalismo pelego”.

Ressalva-se que esta caracterização do Direito do Trabalho no plano europeu e nacional é demasiadamente superficial, por ser feita a grosso modo. Porém, a

---

<sup>7</sup> “Já se disse não sem certa razão, que nosso Direito do Trabalho tem sido uma dádiva da lei, uma criação de cima para baixo, em sentido vertical. Em muitos casos tem sido assim realmente. Todavia, não se deve olvidar que em outros, mesmo antes da Revolução de 1930, o nosso incipiente Direito do Trabalho conheceu sua fase de auto-afirmação, numa inequívoca demonstração histórica de uma consciência de classe, que já se delineava, desde o início deste século. Ainda aqui temos a confirmação histórica da prioridade cronológica do direito coletivo sobre o individual do trabalho”. (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 6).

superficialidade não prejudica os aspectos centrais da presente pesquisa, servindo para tangenciar os pontos principais e para a identificação da essência do Direito do Trabalho, como se fará a adiante.

### 3.3. Ontologia Trabalhista

Desta breve gênese, pode-se extrair que o Direito do Trabalho, em termos gerais, representa o regramento das relações de trabalho entre partes desiguais, com a finalidade de atenuar ou diminuir esta hipossuficiência, mediante um sistema jurídico protetivo. A condição de inferioridade frente ao empregador foi delineada classicamente por Cesarino Junior, quando caracterizou de *hipossuficientes* aquelas pessoas não-proprietárias, que dependem da sua força de trabalho para lograr sua sobrevivência e de sua família:

Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos *hipossuficientes*. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos de hipersuficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto do seu trabalho. Ora, quem lhes oferece oportunidade de trabalho são justamente os auto-suficientes [...]. (JUNIOR, 1980, p. 44-45).

Sua *ontos* reside na situação fática que a prestação de trabalho é indissociável da condição humana, ensejando uma feição que é, no mínimo, pessoal (trabalho autônomo) e, no máximo, personalíssima (trabalho subordinado).

A natureza personalíssima da relação de trabalho subordinado decorre do fato da impossibilidade de separação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador, ou mesmo sua confusão. Neste sentido, a regulação das relações de trabalho não se deve orientar por cânones civilistas, atinentes ao direito das coisas (*res*), uma vez que se está regulando diretamente a própria condição humana. Esta circunstância – impossibilidade da separação entre o trabalhador e o trabalho por ele prestado – engendra uma singularidade no Direito Laboral. “A especial singularidade do trabalho como objeto de uma relação jurídica consiste em que, não confundindo-se (sic) com a pessoa que o executa, é no entanto algo pessoal e íntimo, uma emanção, por assim dizer, da personalidade do trabalhador”. (OLEA, 1969, p. 142)

Ensinam Orlando Gomes e Élson Gottschalk que o Direito do Trabalho lida diretamente com a condição humana, manifestada na prestação do labor.

O trabalho como expressão da personalidade humana, como atributo do “ser” e qualificado na sua forma de *dependência*. O *sujeito* da relação emprega não só suas energias físicas, que não são por si mesmas um *objeto* descartável do ente humano, mais ainda investe a própria *pessoa humana*, como fonte permanente da qual emanam aquelas energias. É este aspecto do trabalho dependente – que não tem sido suficientemente destacado pela doutrina – que singulariza o contrato de trabalho. Sob esse aspecto, podemos dizer que enquanto os contratos de direito comum giram em torno de coisas, bens, de patrimônio, **o contrato de trabalho apanha a própria pessoa, envolvendo-a na sua essência humana.** (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 12, grifo nosso).

Deparando-se, como fora observado na gênese, com situações de excessiva exploração do trabalho humano e diretamente do próprio homem, a ontologia juslaboral foi criada almejando rejeitar a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do Direito do Trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais. A desigualdade apontada é a motivadora para o caráter protetivo, segundo Pinho Pedreira:

O motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que lhe represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco. (SILVA, 1999, p. 22).

É a hipossuficiência que clama por proteção ao trabalhador perante o poderio econômico do seu empregador. “Esta feição personalíssima do trabalho humano em regime de dependência de outrem é que justifica, por outro lado, a proteção social dispensada pelo Estado aos trabalhadores”.(GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 11.).

Destarte, o fundamento de proteção ao trabalho é a própria proteção à pessoa humana e sua dignidade, posto que não há como se separar o trabalho de seu prestador. “Sendo impossível separar o trabalho das pessoas, concretamente considerada, a disciplina inspira-se num personalismo real, humanista e socializante.”(CATHARINO, 1982, p. 32)

Na primeira obra de Direito do Trabalho no Brasil, *Apontamentos de Direito do Operário* de Evaristo de Moraes, publicada em 1905, pode-se encontrar elementos que confirmam a ontologia do Direito do Trabalho, exatamente porque tais escritos anteveram a criação do sistema jurídico positivo trabalhista. Foi atuando como rábula na área crime que Evaristo de Moraes aproximou-se das questões sociais, uma vez que o “exercício da advocacia criminal facilmente o conduziu às chagas sociais e aos dramas nascidos do capitalismo incipiente.”(MORAES, 1986, p. XIV).

Desta obra pioneira<sup>8</sup> se extrai o sentimento inspirador do Direito do Trabalho no Brasil. “Já era tempo, entretanto, de se cuidar, no terreno legislativo, em abrir caminho a alguns institutos jurídicos, especialmente destinados à proteção das classes trabalhadoras e à modificação das suas condições de existência.” (MORAES, 1986, p. 8).

Prossegue Evaristo de Moraes inferindo a necessidade da tutela nas relações de trabalho, uma vez que a leitura civilista da liberdade de trabalho ou liberdade de contratar é intrinsecamente falsa. *Pari passo*, o mexicano Mário Dela Cueva condenava o postulado da autonomia da vontade no mundo do trabalho:

Explicam-se, assim, que quando, em tempos passados, alegaram diversos escritores, em virtude do princípio da autonomia da vontade não poderia impedir a um homem que prestasse seus serviços por dez, doze ou mais horas, responderam os criadores das declarações de direito sociais que a idéia de liberdade não poderia usar-se para que o homem renunciasse à sua essência e à sua liberdade, se convertesse em um escravo ou em um servo da gleba e se condenasse a levar vida que corresponde aos animais de carga. (DE LA CUEVA, 1965, p. 13)

Nesta matiz, Evaristo de Moraes contesta a liberdade de trabalho:

O homem é livre – argumentam; tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Mas, na vida industrial moderna, essa liberdade de trabalho só tem gerado opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo. Hoje, já ninguém contesta quanto influi a inexorável *lei da concorrência* na remuneração do trabalho operário – e isso basta para desfazer o encanto ilusório da “liberdade de trabalho”. (MORAES, 1986, p. 9).

---

<sup>8</sup> Adiante procede a ressalva dos limites da obra, expressando genuína humildade, ao mesmo tempo em que reafirma o compromisso do Direito Operário com a proteção. “O fim deste nosso opúsculo se reduz a vulgarizar algumas notas de Direito Operário, quicá valorizáveis. Estes estudinhos não visam doutrinar, mas, tão somente, recordar e apontar o que se tem feito em prol dos operários no seio de povos civilizados.”(MORAES, 1986, p. 9).

Assim, as relações de trabalho prestadas a outrem têm como pressuposto, em regra, uma disparidade. Perante a necessidade de sobrevivência, o obreiro não pode livremente estipular as condições contratuais com o tomador de serviços, carece ele, de forma imprescindível, do trabalho. Na lei da oferta e da procura definida ao sabor do mercado, o trabalhador – que não detém os meios de produção, termina por aceitar a subordinação e, especialmente em um contexto de alto desemprego, acolhe o ajuste das condições de trabalho e de remuneração pelo tomador dos serviços, de maneira quase que unilateral. “Se fosse realmente livre para vender (ou não) a sua liberdade, o trabalhador a manteria – inviabilizando o sistema. Desse modo, para que o sistema se perpetue, é preciso não só que haja liberdade formal para contratar, mas que falte liberdade real para não contratar.” (VIANA, 2005, p. 260).

A ausência de liberdade real de trabalho é desenvolvida por Gerard Couturier como inferioridade-constrangimento, eis que macula a manifestação de vontade do contratante hipossuficiente. “Não pode ele negociar da melhor maneira para seus interesses porque não é realmente livre para aceitar ou recusar. A aceitação tem somente um valor limitado quando emana de alguém que não tinha meio de recusar.” (SILVA, 1999, p. 22).

Em verdade, há exceções, normalmente relacionadas com trabalhadores altamente especializados e qualificados. Sua condição personalíssima de habilitação profissional permite-lhes a negociação com o tomador dos serviços, num patamar mais confortável, com o efetivo exercício da liberdade de contratar. Porém, tais exceções não inviabilizam a regra, pois a realidade social expressada nos dados estatísticos confirma que a grande massa trabalhadora não possui especialização ou qualificação demandada pelo mercado. Neste sentido, Evaristo de Moraes, há quase um século, sugeria:

Essas conseqüências iniludíveis e tremendas da *liberdade de trabalho* indicam a necessidade de regular-se, no interesse do trabalhador e sem prejuízo do industrial, as condições em que aquele venderá a este seu esforço consciente. É preciso admitir e legalizar, até as maiores minuciosidades, conforme as indústrias e as circunstâncias do lugar, o *contrato de trabalho*, fixando as três condições: - *preço do trabalho ou taxa do salário, duração do trabalho e qualidade do trabalho*. (MORAES, 1986, p. 11).

Maurício Godinho Delgado aduz que o processo histórico de gênese do Direito do Trabalho desmascarou a falácia da consideração de que a relação de trabalho assalariado consiste numa relação individual entre patrão e trabalhador. Ao contrário, o empregador, em

verdade, sempre foi um sujeito coletivo (DELGADO, 2005, p. 90), uma vez que sua vontade poderia provocar ações e repercussões com impacto ultra-individual, notadamente no âmbito da comunidade de trabalho ou, mesmo até, na sociedade. Isto se explica porque a vontade da empresa, em virtude do seu poderio econômico, tem aptidão para produzir efeitos além da relação individual com seu empregado, vide, na seara jurídica o poder diretivo. Já o empregado, somente poderá fazer frente ao poder empregatício, se organizado enquanto coletividade, posto que individualmente suas ações não produzem efeitos coletivos. “O Direito Civil tratava os dois sujeitos da relação de emprego como seres individuais, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação de ser coletivo detida naturalmente pelo empregador.”(DELGADO, 2005, p.91). Tais idéias podem ser sintetizadas pelas palavras de Martins Catharino: “disciplina coletiva das forças oponentes do trabalho e do capital, sob influência da moderna sociologia.” (1982, p. 33).

Em resposta a atributo coletivo do empregador, há, do mesmo modo, o reconhecimento da organização coletiva dos trabalhadores e, principalmente, o reconhecimento dos efeitos ultra-contratuais ou normativos das Convenções Coletivas de Trabalho, delineando uma ruptura com o monismo jurídico<sup>9</sup> e firmando o pluralismo jurídico<sup>10</sup> nas relações de trabalho. Reconhecer uma normatividade advinda dos próprios destinatários (trabalhadores e empresários) representou um processo de abertura do Direito Moderno, impregnado por maior legitimidade e dissonante do tradicional monopólio do Direito pelo aparelho estatal. Saliente-se que os efeitos normativos consecutórios deste pluralismo jurídico descuram amplos debates acerca da natureza e efeitos da Convenção Coletiva de Trabalho, notadamente pelo seu caráter especial e controverso, bem situado na conhecida expressão de Francesco Carnelutti: “Corpo de contrato, alma de Lei” (*apud* NASCIMENTO, 2004, p. 1112).

---

<sup>9</sup> A produção do Direito monopolizada pelos espaços legislativos do Estado, isto é, Direito é totalmente proveniente do Estado. (WOLKMER, 1997)

<sup>10</sup> Diante das inúmeras definições de natureza filosófica, política, sociológica e histórica para o pluralismo jurídico, percebemos que o “principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do Direito.”(WOLKMER, 1997; XI). O professor catarinense conceitua como pluralismo jurídico a “multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 1997, XII).

Depreende-se, deste modo, que o Direito do Trabalho surgiu como medida de justiça social – insuflado pelos reclames dos movimentos dos trabalhadores, ideologias socialistas e com valores acolhidos pela classe média, intelectuais e Igreja – para as relações de trabalho que se baseavam em excessiva exploração dos trabalhadores. Essa medida de justiça social se confirma pela mitigação do pilar civilista da autonomia privada, através da cogência e imperatividade de uma legislação intervencionista que estipula um rol mínimo de direitos irrenunciáveis. “O Direito do Trabalho surge como conseqüência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho.” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 66).

O Direito do Trabalho surge, então, por uma série de rupturas. A ruptura com a liberdade formal e sua conseqüente autonomia privada. A ruptura com a igualdade praticada após a Revolução Francesa – a igualdade formal, em prol de outra real e efetiva, hodiernamente definida como igualdade material. A ruptura com o individualismo<sup>11</sup>, este que caracterizou o direito moderno como sendo o pilar central do Direito Privado, ao afirmar a coletividade dos interesses e sua força social. A ruptura com o monismo jurídico, recém fortalecido com o apogeu dos Estados Modernos, a partir do reconhecimento da normatividade advinda das Convenções Coletivas, imputando um pluralismo jurídico nas relações de trabalho. A ruptura com a interpretação clássica do Direito, ao desconsiderar as costumeiras regras de interpretação, em favor da identificação da norma mais favorável, em atenção ao seu compromisso com a proteção do hipossuficiente.

**A ontologia trabalhista é intrinsecamente protetiva**, eis que só houve razão de ser para esta nova disciplina jurídica, porque a antiga regulação civilista não mais correspondia ao interesses dos atores sociais. “O Direito Civil ... *não teve meios para promover a redução dogmática e subsequente enquadramento da temática laboral*. A falha não foi casual: traduziu, na época, uma incapacidade estrutural da ciência do Direito.” (CORDEIRO, 1999, p. 49). O surgimento do Direito Laboral decorre da necessidade de proteção aos hipossuficientes, sendo esta proteção o caractere essencial desta ciência

---

<sup>11</sup> “Posições filosóficas (p. ex.: Pufendorf, Locke, Montesquieu, e de Rosseau; e de Kant, relativamente) concepções políticas e econômicas, (‘liberalismo’, a do Estado abstencionista conjugada à da liberdade econômica) concomitantes com o individualismo, desvinculado da realidade social, da qual as pessoas humanas fazem parte como criaturas que se esforçam para não se transformarem em criadas”. (CATHARINO, 1982, p. 5-6). Aldacy Rachid Coutinho esclarece: “Não se pode olvidar que o direito do trabalho é resultado da superação de uma fase do liberalismo econômico, na qual, concepções de cunho individualista preponderavam” (2000, p. 15).

jurídica e, portanto, indispensável. Em termos teleológicos, os pensamentos de Mário De La Cueva são paradigmáticos ao apresentar a razão última da disciplina laboral:

[...] o homem trabalhador seja o motor da história e o fim último supremo da civilização e cultura. [...] o homem tem direito a obter, em troca de seu trabalho, um ingresso em dinheiro e condições para a prestação de serviços, que assegurem para ele e sua família uma existência livre, digna e economicamente satisfatória. (DE LA CUEVA, 1965, p. 8).

Estabelecidos os fundamentos do Direito Laboral, poder-se-ia conceituá-lo a partir das seguintes definições que corroboram a ontologia protetiva. Eugenio Perez Botija (*apud* SUSSEKIND, 1981, p 85) considera como o “conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam relações de empresários e trabalhadores e de ambos com o Estado, **para efeitos de proteção e tutela do trabalho.**”; enquanto que Paul Durand e R. Jaussaud dizem que “ele representa o conjunto de meios pelos quais é reconhecida juridicamente a pessoa do trabalhador, **na sua significação absoluta de pessoa humana**” (*apud* SUSSEKIND, 1981, p 85, grifo nosso). O próprio Arnaldo Sussekind apresenta sua definição:

Conjunto de princípios e normas, legais e extra-estatais, que regem tanto as relações jurídicas, individuais e coletivas, oriundas do contrato de trabalho subordinado e, sob certos aspectos, da relação de trabalho profissional autônomo, como diversas questões conexas de índole social, **pertinentes ao bem-estar do trabalhador.** (SUSSEKIND, 2005, p 81)

Luisa Riva Sanseverino, doutrinadora italiana, conceitua este ramo como “parte do ordenamento jurídico relativa à organização e à ação do Estado e das associações sindicais **para a tutela da classe trabalhadora**, em geral, e, em particular, em vista da disciplina das relações de trabalho subordinado.” (SANSEVERINO, 1976, p. 14, grifo nosso). Ainda na Itália, Francesco Santoro-Passarelli delimita a teleologia do ramo laboral, dizendo que “O Direito do Trabalho visa, caracteristicamente, à tutela da liberdade e da própria personalidade do trabalhador, o qual está preso a um vínculo que [...] um indivíduo na dependência do outro” (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 1)

Cite-se a definição de Alberto Trueba Urbina, como “conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana” (*apud* MALTA, 1979, p .10).

Manoel Alonso Olea introduz o conceito de trabalho por conta alheia, como sendo aquele no qual os resultados pertencem a pessoa diferente do trabalhador. (1969, p.

26). Não importa, para o autor espanhol, que o trabalhador perceba uma parte dos resultados, pois a grande maioria do produto do seu trabalho é em favor de outrem. A função deste conceito de trabalho liga-se à premissa inicial do Direito Laboral, uma vez que considera a “realidade social diferenciada – porque a diferença se operou na realidade social – justamente a contrária, isto é, aquela em que os frutos do trabalho são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta da que executa o trabalho.” (OLEA, 1969, p. 25).

Conclusivamente, a ontologia trabalhista pode ser sintetizada nas palavras de Martins Catharino:

Nascido e desenvolvido para compensar a desigualdade econômica, mediante desigual e proporcional tratamento jurídico, o Direito do Trabalho protege os economicamente débeis. os “hipossuficientes”, na expressão feliz de A. F. Cesarino Junior. (CATHARINO, 1982, p. 152)

### **3.4. Critérios de aplicação do Direito do Trabalho.**

Toda disciplina científica pauta-se em um instituto fundamental que, sendo seu objeto, permite a construção de seus conceitos, princípios e regras. É a partir deste pilar que a disciplina inicia sua existência. Definido o instituto fundamental da Disciplina Laboral como o trabalho humano subordinado, cumpre, no passo adiante, a construção de teorias para identificá-lo e distinguí-lo das demais modalidades de trabalho.

Conforme lição consensual da doutrina justralhista, o trabalho subordinado é uma espécie do gênero trabalho, forjando a necessidade de definição de critérios distintivos. Em sentido contrário, os critérios distintivos, ao diferenciarem a relação de emprego, são, em verdade, os critérios de aplicação do Direito do Trabalho e da sua respectiva proteção. Nesta perquirição, cumpre, inicialmente, apresentar elementos jurídicos sobre o trabalho.

O conceito jurídico de trabalho deve ser identificado no Direito das Obrigações, utilizando-se da subsidiariedade do Direito comum. Há que se considerar o trabalho como uma obrigação de fazer, eis que consiste na prestação de um serviço. Adverte-se, todavia, que nem toda prestação de fazer pode ser tida como trabalho, isto porque algumas prestações podem ser executadas em nome de uma pessoa jurídica. O trabalho humano há que se feito pessoalmente. Tem-se, a título de exemplo, os contratos de prestação de serviços de apoio empresarial (PINTO, 2005, p. 144), denominados pelo senso comum

como terceirização. Nestes casos, não se pode dizer que a empresa prestadora de serviços de apoio labora, não havendo, portanto, relação de trabalho prestado por pessoa jurídica. Porém, nesta mesma relação, o trabalhador que presta os serviços de apoio em nome da empresa terceirizada mantém, com esta, relação de trabalho. Desta forma, o trabalho é uma prestação de fazer pessoal.

As prestações pessoais são divididas em duas categorias principais e dicotômicas: autônoma<sup>12</sup> e subordinada. Na primeira, a obrigação limita-se a um resultado (serviço ou obra), cabendo ao trabalhador a autonomia no modo de fazer, na forma e no tempo, o que atrai os riscos do negócio para si. De forma oposta, tem-se, no trabalho subordinado, a própria sujeição, nos limites do contrato de trabalho, ao tomador dos serviços (empregador), que irá dirigir a prestação, definindo o modo, forma e o tempo de serviço. À luz da noção de trabalho por conta alheia, Manoel Alonso Olea declina que, no trabalho autônomo, o trabalhador detém inicialmente os frutos do labor até o momento da entrega ao tomador, o que não ocorre no trabalho subordinado.

[...] no contrato de trabalho os resultados do esforço do trabalhador passam originária e automaticamente à propriedade do empresário, na empreitada, há assunção inicial da titularidade por parte do executor do trabalho, seguida de uma cessão àquele que de fato contratou. (OLEA, 1969, p. 145).

Assinale-se, então, que o principal elemento diferenciador entre trabalho subordinado e autônomo consiste no objeto do ajuste, uma vez que no primeiro contrata-se a atividade física ou intelectual do trabalhador, já no segundo acorda-se um resultado, proveniente da realização de obra do trabalhador (SANSEVERINO, 1976, p. 45). Acrescenta, a autora italiana, que o autônomo é aquele que tem capacidade organizativa frente à empresa. “Enquanto o trabalhador subordinado não é senão parte da organização que funciona segundo as diretrizes de um terceiro – trabalhador autônomo organiza pessoalmente o próprio trabalho [...]” (SANSEVERINO, 1976, p. 46). No ordenamento jurídico nacional, o conceito de trabalhador autônomo é extraído da legislação previdenciária (Lei 8213/91).

Na esteira do pensamento de Rodrigues Pinto, há uma subdivisão no trabalho subordinado: empregado, eventual e avulso. Sustenta o autor que a subordinação existe tanto

---

<sup>12</sup> Segundo Antônio Houaiss, a autonomia consiste na “capacidade de se autogovernar” ou, em sua raiz etimológica, “direito de reger-se segundo leis próprias” (2001, p. 351)

no vínculo eventual como avulso, não se encontrando, nestas relações de trabalho, os demais caracteres essenciais para configuração da relação de emprego:

Os trabalhadores avulsos e eventuais não passam de subespécies de subordinados, que são identificados pelo traço comum da subordinação de sua energia pelo terceiro a quem aproveitará o resultado, e diferenciadas entre si porque a atividade exigida do avulso coincide com a atividade-fim do tomador, o que não acontece com o eventual. (PINTO, J, 2005, p. 108).

Em face da pluralidade de formas de trabalho acima apontada, a doutrina, baseando-se na legislação vigente de cada país, tem criado inúmeros critérios para aplicação do Direito do Trabalho. Amauri Nascimento apresenta um panorama dos critérios de aplicação do Direito do Trabalho:

Quanto aos sujeitos que figuram nas suas relações jurídicas, é possível encontrar, nas diversas posições doutrinárias que se debatem, a concepção *restritiva*, que o limita como um direito do empregado, urbano, rural ou doméstico, o dependente ou subordinado, que, para alguns, como na doutrina espanhola, é o trabalhador por conta alheia; uma corrente *ampliativa*, segunda a qual se trata de um direito de todos os que trabalham por conta alheia e, também, dos trabalhadores por conta própria ou autônomos; e uma variação da corrente da subordinação, defendida por aqueles que admitem um tipo de trabalhador, além dos já citados, intercalado entre o subordinado e o autônomo, que denomina parassubordinado, tese em tem seguidores na doutrina italiana. (NASCIMENTO, 2004, p. 6).

No Brasil, a aplicação da proteção trabalhista limita-se, por força de interpretação da doutrina juslaboral e da jurisprudência, à categoria de trabalho subordinado que se enquadra na relação de emprego. À exceção do trabalho avulso – por força de preceito constitucional, os trabalhadores subordinados somente farão jus à proteção do Direito do Trabalho se os traços da relação laboral forem aqueles previstos da legislação.

Desse modo, o Direito do Trabalho tem se conformado como direito dos empregados, eis que não trata de regular as relações de trabalho, mas tão somente a relação empregatícia e outras relações expressamente estipuladas por lei (doméstico, rural e avulso). No entendimento de Martins Catharino, o contrato de trabalho recebe o *nomen juris* incorreto, quando deveria denominar-se como Contrato de Emprego<sup>13</sup> (1982, p. 217), o que ensejaria chamar o Direito do Trabalho de Direito do Emprego.

---

<sup>13</sup> Convém desvelar o sentido propugnado por Martins Catharino, transcrevendo sua justificativa: “E que quem ousará afirmar não ser possível, em futuro próximo, falar-se em *contrato de emprego* como espécie do *contrato de trabalho*? Para nós, desde já, por força do expansionismo do Direito do Trabalho, cuja

Todavia as nomenclaturas vinculam-se muito mais ao sentido convencionalizado pela comunicação, do que aquele sentido etimológico. Desse modo, não obstante o nome atual ser equivocado por excesso, a designação Direito do Trabalho foi convencionalizada e consolidada. Frise-se que a consolidação da denominação atual decorre de uma motivação sociológica. É que, à época do surgimento, a relação hegemônica era o trabalho assalariado, conduzindo o regramento das relações de trabalho à concentração total no trabalho subordinado. Assim, explica Maurício Godinho Delgado:

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço à demais relações de trabalho ou assimilando suas normas à situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (*relação de emprego*) pela denominação cabível ao gênero (*relação de trabalho*). (DELGADO; 2005, p. 286).

No plano do ordenamento jurídico, a CLT estabeleceu o conceito de emprego a partir de alguns caracteres. Estes elementos que configuram a relação de emprego são extraídos da interpretação do artigo terceiro do citado diploma:

Art. 3º - Considera-se empregado toda **pessoa física** que prestar serviços de **natureza não eventual** a empregador, sob a **dependência** deste e **mediante salário**.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (grifo nosso).

A luz do dispositivo legal, a doutrina ora constata cinco, ora quatro caracteres. Na primeira corrente, entende-se que só haverá aplicação do Direito do Trabalho quando presentes a *pessoa física*, *pessoalidade*, *não-eventualidade*, *onerosidade* e *subordinação* (DELGADO, 2005), enquanto que, uma segunda corrente advoga somente por quatro, que são *pessoalidade*, *não-eventualidade*, *onerosidade* e *subordinação* (PINTO, J, 2005). Adota-se a segunda corrente, ao considerar o caractere *pessoa física* compreendido por *pessoalidade*.

A *pessoalidade* indica que o contrato de trabalho é firmado *intuitu personae* em relação ao empregado, sendo este necessariamente pessoa física. O poder de contratar. sinalagma do empregador frente ao caractere da *pessoalidade* do empregado, é exercido

---

denominação se faz dia a dia menos defeituosa por excesso. No fundo, trata-se de evolução inevitável, à medida que a importância jurídica crescer na razão inversa dos direitos da propriedade privada.” (CATHARINO, 1982, p. 217)

computando-se as habilidades e qualidades pessoais do trabalhador. Forma-se um vínculo personalíssimo exclusivamente para o empregado, impedindo que este seja substituído por outro, sem o consentimento do empregador.

A *não-eventualidade* pressupõe que a prestação de serviços não poderá ser eventual ou esporádica. Em face da imprecisão do conceito delimitado pela negativa, quatro teorias apresentam-se na definição da eventualidade. A *teoria da descontinuidade* sugere que o trabalho eventual é aquele que seja fracionado no tempo e, por isso, não seja contínuo. Saliente-se que tal teoria, mesmo corroborando com a Lei do Emprego Doméstico (5859/72) não se compatibiliza com a CLT que, ao expressar não-eventualidade, não exigiu continuidade temporal. Surge, então, a *teoria do evento* que vincula o trabalho eventual a fato ou acontecimento ensejador de serviço ou obra, com breve duração, em outras palavras, aquele trabalho relacionado com evento incerto e fortuito. Em face da imprecisão da teoria anterior, a *teoria dos fins do empreendimento* sugere que o eventual é aquele trabalho não inserido nos fins da empresa. Por fim, a *teoria da fixação jurídica* alude que trabalhador eventual é aquele que presta serviços a vários contratantes, não se fixando a uma única fonte de trabalho. Considerando as falhas de cada teoria, há que se buscar, na análise do caso concreto, uma conjugação das teorias para se verificar ou não a existência de trabalho eventual.

A *onerosidade* exige que o ajuste da prestação de fazer seja estipulado a título oneroso, havendo contraprestação salarial devida ao trabalhador pelo serviço prestado. Em verdade, o critério onerosidade procura retirar das relações de emprego aquelas relações nas quais o motivo da prestação dos serviços do trabalhador não é a percepção de salário, mas sim um motivo altruístico, assistencial ou religioso. Em outros termos, não havendo dependência econômica manifestada através do salário, não há necessidade de proteção trabalhista.

Por fim, o último critério exposto pela doutrina é a *subordinação*. Entretanto, a disposição legal do artigo terceiro da CLT não se refere à subordinação, mas sim a dependência. Este caractere, que na literalidade da lei corresponde à *dependência*, é tido correntemente pela doutrina e jurisprudência como subordinação. No entanto, há que se investigar inicialmente qual seria o sentido do verbete *dependência* da norma consolidada, bem como analisar as suas teorias, para, então, discutir-se subordinação jurídica.

### 3.5. Teoria da Dependência.

O artigo terceiro da CLT, anteriormente citado, ao definir empregado utilizou o termo *dependência* sem qualquer adjetivação. Segundo Antônio Houaiss, o significado do verbete acima é “estado ou qualidade de dependente; subordinação; sujeição” ou “necessidade de proteção, amparo, arrimo” (2001, p. 941). Já o sentido jurídico do termo *dependente* indica, “pessoa que carece das condições financeiras necessárias para custear sua subsistência e, que para efeitos legais, depende de outra” (2001, p. 941).

Para se compreender seu sentido, a doutrina trabalhista encarregou-se de investigar o conteúdo desta dependência, elaborando quatro teorias ou critérios que agregam uma adjetivação ao termo dependência, quais sejam: técnica, moral, econômica e social.

A *dependência técnica* compreenderia a direção e orientação técnica do empregado em favor do empregador, visto que somente este domina o processo produtivo e sua funcionalidade. O empregador seria aquele que dirigisse tecnicamente a prestação de serviços. Há que se esclarecer que o critério da dependência técnica é produto da Sociedade de Estudos Legislativos da França, sob influência da legislação suíça (MORAES FILHO, 1991, p. 217), situado historicamente no período em que o trabalho, em sua maioria, era operário.<sup>14</sup>

A dependência técnica seria, assim, a sujeição dos trabalhadores, por somente possuírem sua força física, ao julgo do empregador que, dominando os conhecimentos técnicos e científicos da produção, determina a forma, a qualidade, quantidade e o tempo de trabalho.

Pinho Pedreira utiliza o conceito de Couturier de “inferioridade-ignorância” (SILVA, 1999, p. 23) para expressar a substância da dependência técnica, como desigualdade entre o profissional empregador perante o trabalhador leigo no processo produtivo e, neste sentido, dependente. Explica Pinho Pedreira que esta “inferioridade-

---

<sup>14</sup> No Direito Estrangeiro, há distinção entre operário e empregado, tendo o primeiro, o que exerce um labor manual com predomínio da utilização da força física e, o segundo, o que se ocupa, com atividades intelectuais, técnicos ou comerciais, sem preponderância de força física. No Brasil, a distinção não se justifica, ante o preceito constitucional do artigo 7º, XXXII que proíbe a discriminação entre trabalho manual ou intelectual .

ignorância” (1999, p. 25) enseja um Direito do Trabalho com tratos informais e não-solenes, a partir do contrato realidade (CUEVA, 1965).

Em face do enfoque único no trabalho operário, a crítica a teoria da dependência técnica principia-se demonstrando a inaplicabilidade desta construção para os trabalhadores especializados, técnicos ou intelectuais. Nestes labores não se cogita dependência técnica do empregado perante a empresa, mas justamente o inverso. Há tempos, mesmo ainda no Fordismo-Taylorismo, já se identificava empregados altamente especializados, como aqueles responsáveis pelo setor criativo da produção. Adotando-se tal teoria parte considerável dos trabalhadores não seria enquadrada no conceito de empregado. Pela imprecisão acima apontada, tal critério foi objetado.

O critério da *dependência moral* acentua, na prestação personalíssima, o aspecto do dever de fidelidade, lealdade e cooperação entre empregado e empresa. No Brasil, o defensor desta teoria foi Carlos de Bonhomme (CATHARINO, 1982, p.200), que vinculava a existência de um contrato de emprego à dependência moral. Rodrigues Pinto (2005, p. 117) a conceitua como uma obrigação de colaboração com lealdade e esforço para os fins da empresa.

A censura provém imediatamente, pois que não há como se conceber uma condição de ordem moral para existência de um negócio jurídico. A separação entre as ordens jurídicas e morais já foi tratada devidamente pela Ciência do Direito (BOBBIO, 2003). Ademais, a natureza personalíssima da relação de trabalho, para o empregado, não tem o condão de imputar a dependência um conteúdo moral. Ressalva-se, também, que os deveres de fidelidade e lealdade são dúplices, sob pena da resolução contratual motivada por aquele que descumpriu a obrigação. Nesta direção, critica Martins Catharino:

Em definitivo, sendo a obrigação do empregado personalíssima, tem ela conteúdo ético, como qualquer outra, variando apenas de grau. Mas desse fato deduzir-se que o contrato de emprego caracteriza-se pela dependência moral do empregado ao empregador, moralmente subordinante, o exagero é desmedido e insustentável. [...] Assim, a dependência moral, bastante relativa, é efeito e não causa, e não qualifica contrato algum. (CATHARINO, 1982, p. 200).

A *dependência econômica* engloba o estado do trabalhador que tem na remuneração percebida a condição de sobrevivência. Isto é, há relação de emprego quando o

trabalhador, em troca da prestação de serviços, obtém remuneração que lhe permita sustentar-se. Tal teoria confirma o sentido histórico da origem do Direito do Trabalho:

A força do critério está na história, pois não nos é possível separar o contrato de emprego da evolução econômica, da produção sob o regime da empresa. O Direito do Trabalho surgiu, precisamente, para compensar desigualdades econômicas. Para reduzir a coação econômica, viciadora da vontade dos mais fracos em face dos economicamente poderosos. Surgiu como instrumento jurídico de reação contra o *statuo quo* implantado pelo capitalismo desenfreado, e com nítida finalidade humanitária. (CATHARINO, 1982, p.201-202).

Verifica-se que a dependência econômica formula um critério amplo, inclusive corroborando com a noção de expansionismo do Direito do Trabalho, a qual será analisada em capítulo posterior. Note-se que a idéia de dependência econômica foi que operou a ampliação da proteção trabalhista para os trabalhadores a domicílio, inscrita no artigo sexto da CLT.

Paul Cuche (*apud* GOMES E GOTTSCHALK, 2005, p. 135) expôs os dois requisitos inseparáveis para configuração da dependência econômica. Primeiro, o trabalho deverá ser a única ou principal fonte de sobrevivência do trabalhador, conferindo ao serviço prestado a condição para o seu sustento. Segundo, o empregador deve absorver de forma regular e integral os serviços prestados pelo trabalhador, havendo, portanto, a inserção deste na organização da empresa. “Em verdade, estes requisitos se reduzem em um só: que o trabalhador ganhe a vida com o trabalho que executa em proveito de quem lhe paga.” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 135).

As críticas sobrepõem-se à teoria sob dois argumentos. Existem trabalhadores que não podem ser considerados como economicamente débeis e, mesmo assim, laboram, seja por amor ao ofício, seja por esporte ou por ocupação do tempo. O segundo argumento adstringe-se a constatação de que existem trabalhadores que possuem mais de um emprego, impedindo a caracterização da absorção regular e integral da teoria da dependência econômica.

Tais contestações fizeram com que grande parte da doutrina superasse o critério da dependência econômica. Apesar das objeções, “não como há negar que, na vida real, quem é dependente de outrem do ponto de vista econômico, continuamente, durante todo o seu tempo disponível, normalmente lhe é subordinado.” (MORAES FILHO, 1991, p. 219). Martins Catharino apresenta posição singular:

A dependência econômica, na sua acepção técnica e absoluta, parece superada. Para configurá-la não é imprescindível que o trabalhador tenha no salário sua única fonte de sobrevivência, nem que quem o assalaria absorva integralmente todo o seu tempo dedicado ou dedicável ao trabalho. Na sua concepção relativa, não, bastando que o salário seja o principal meio de vida, e absorção parcial e predominante do seu tempo disponível por empregador. (CATHARINO, 1982, p.203)

A partir das críticas às teorias anteriores, surge uma quarta teoria intitulada de *dependência social*, definida por Orlando Gomes e Elson Gottschalk como a justaposição da subordinação jurídica (que será analisada no próximo item) e da dependência econômica em um único conceito: *dependência social*. A associação dos dois critérios objetivava ampliar a incidência da relação de emprego. “O Contrato de Trabalho caracterizar-se-ia pela criação de um estado de subordinação para o empregado ao mesmo tempo econômica e jurídica, normalmente; apenas econômica ou apenas jurídica, excepcionalmente.” (GOMES E GOTTSCHALK, 2005, p. 139).

Observe-se que a dependência social perfaz uma composição da dependência econômica com o conceito de subordinação jurídica. As posturas ecléticas, como se sabe, ao tentar conciliar entendimentos antagônicos, na busca de uma potencialização dos aspectos positivos de cada teoria, atraem, por consequência, para si, as críticas aplicáveis às duas correntes.

“Os demais padecem do mesmo vício de origem. Pretendem caracterizar um contrato com elementos metajurídicos. O erro de seus defensores provém de procurarem, preferentemente, analisar a condição social e econômica do trabalhador, em vez de examinar a relação jurídica da qual ele participa. [...] O equívoco dos que adotam critérios extrajurídicos reside exatamente no fato de se não preocuparem com a fixação do elemento característico do contrato de trabalho, mas sim com a qualidade da pessoa que deve ser protegida.” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 141).

A crítica ao parâmetro extrajurídico serve para iniciar o movimento dogmático de conversão da concepção subjetivista – vinculada à qualidade hipossuficiente do trabalhador – para uma concepção objetivista, qual seja: subordinação jurídica. É na busca pela objetividade e por critérios genuínos e puros no universo jurídico que a teoria da subordinação jurídica é formulada pela doutrina como o sentido exato e correto do termo *dependência* elencado no artigo terceiro da CLT.

### 3.6. Teoria da Subordinação Jurídica.

O termo *subordinação* significa “ordem estabelecida entre pessoas e segundo a qual umas dependem das outras, das quais recebem ordens ou incumbências; dependência de uma(s) pessoa(s) em relação a outra(s)” (HOUAISS, 2001, p. 2626). Sua etimologia advém dos termos sujeição e submissão, que dizem respeito ao submetimento às ordens de outro.

Foi Ludovico Barassi, em *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, no ano de 1901, o primeiro a definir a subordinação como o traço essencial da *locatio operarum* (NASCIMENTO, 2004, p. 400). O código civil italiano de 1942 acolheu, em seu artigo 2094, a subordinação como nota distintiva do trabalho autônomo.

No tocante à conceituação do instituto, é conhecida a definição de Paul Colin, trazida por Evaristo de Moraes Filho. “Por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens.” (COLIN *apud* MORAES FILHO, 1991, p. 220).

Orlando Gomes e Élson Gottschakl descrevem a subordinação jurídica, a partir dos autores italianos Cassi e Savino:

A atividade do empregado consistiria em se deixar guiar e dirigir, de modo que suas energias convoladas no contrato, quase sempre indeterminadamente, sejam conduzidas, caso por caso, segundo os fins desejados pelo empregador. Tanto o poder de comando seria como ao de direção do empregador corresponde o dever específico do empregado de obedecer. (GOMES E GOTTSCHALK, 2005, p. 133)

Délio Maranhão narra que a subordinação jurídica resulta, para o empregador, em três características: a) poder de dirigir e comandar a prestação dos serviços; b) poder de controlar o cumprimento da obrigação anterior; c) poder de punir a desobediência, violadora da fidúcia contratual. (MARANHÃO, 1987, p. 54).

Já Cesarino Junior entende a subordinação jurídica como a sujeição do empregado à direção e ordens do empregador ou seus prepostos, especialmente mediante determinação de horário de trabalho e sua fiscalização (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 140). Rodrigues Pinto oferece um conceito mais amplo, ao confirmar a natureza jurídica da subordinação, bem como estipular seu grau: “[...] a subordinação do empregado se

caracteriza por sua natureza (jurídica, no sentido de que dimana da vontade contratual) e por ser grau (absoluto, compreendendo o resultado e os meios para a obtenção do resultado da atividade do trabalhador.” (PINTO, J, 2005, p. 119).

Maurício Godinho Delgado assevera o seguinte:

A subordinação corresponde ao pólo atintético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo da realização de sua prestação de serviços. (DELGADO, 2005, p. 302).

No direito estrangeiro, António Menezes de Cordeiro considera o trabalho subordinado como *serviço heterodeterminado* (CORDEIRO, 1999, p. 15), caracterizando-o como uma prestação (conduta humana) de fazer (atividade positiva, distinta da entrega de coisa e da abstenção) cujo conteúdo é determinado por outrem (heterodireção). Para o professor português, apesar do Direito do Trabalho concentrar-se no trabalho heterodirigido, nele não se pode limitar, e, por isso, adverte: “embora ligado ao trabalho subordinado, o Direito do Trabalho, não se possa, linearmente, definir por ele: ora o ultrapassa, ora fica aquém deste seu objecto inicial” (CORDEIRO, 1999, p. 18)

Francesco Santoro-Passarelli formula um conceito de subordinação eclético, ao compor seus traços técnico, pessoal e funcional:

A subordinação do empregado é técnica e funcional, isto é, determinada pela prestação do trabalho e a esta ligada. Todavia, como esta prestação requer a perseverante atividade do trabalhador, a subordinação é também, necessariamente, pessoal, no sentido de que atinge a personalidade mesma do obreiro, submetida ao poder diretivo e ao poder disciplinar do empresário e dos seus colaboradores, dos quais hierarquicamente depende (arts 2104, 2106): subordinação pessoal, que é, pois, a razão de muitas das normas que governam a relação de trabalho e, como foi salientado no princípio, da existência de um Direito do Trabalho. (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 51).

Apreende-se que a subordinação jurídica, na doutrina italiana, tende a sua construção a partir da noção do *status subordinatio*. “[...] a posição subordinada do trabalhador resulta coerente com a idéia de que havendo um grupo social organizado (Estado, família, empresa) não se pode prescindir da sujeição a uma vontade organizadora, justo para que os fins institucionais possam ser alcançados.” (SANSEVERINO, 1976, p. 48).

Destaca Luisa Riva Sanseverino que uma das marcas distintivas da subordinação é a alienação. “[...] a alienação originária do resultado do trabalho prestado constitui a notação jurídica essencial do trabalho executado de forma subordinada e, assim, em geral inserido numa organização” (SANSEVERINO, 1976, p. 41). Leciona, também, a autora italiana, que há proporcionalidade entre a subordinação jurídica e o tipo de trabalho, ocorrendo na proporção inversa da primeira em relação ao aumento da natureza intelectual do trabalho. “A subordinação do trabalhador varia de intensidade, passando de um máximo a um mínimo, conforme natureza da prestação, e, em particular, à medida que o trabalho predominantemente material se passa a trabalho mais intelectualizado.” (SANSEVERINO, 1976, p. 49).

Há que se registrar a concepção de subordinação esboçada por Manoel Alonso Olea, que se relaciona com uma inserção na atividade produtiva. Definia como “mero ‘estado’, dentro de um quadro orgânico de funções e de competência, dentro de um círculo ‘reitor’ ou de ‘esfera organizativa’, ligando-se ao trabalho prestado a organizações” (OLEA, 1969, p. 32).

Manoel Alonso Olea (1969, p. 172) atrela a subordinação jurídica ao poder de direção, sendo a primeira uma consequência da última. Desta maneira, a manifestação do poder diretivo produz um trabalho subordinado, através do dever contratual de submissão às ordens.

A crítica doutrinária contra a noção de *status* de subordinação surge da alegação da inexistência de um estado real subordinado. Não há estado fático que implique submissão, mas, tão somente sujeição ao tipo jurídico, e não fático, do dever contratual de obediência. “A subordinação não é um *status*, que se distingue pelo caráter da permanência e que atribui ao homem uma fisionomia jurídica própria das relações com sociedade política ou doméstica” (MARANHÃO, 1987, p. 54).

Na tentativa de melhor caracterizar este poder de comando que importa, para o empregado, subordinação jurídica, Amauri Mascaro Nascimento adota a teoria do modo como o trabalho é prestado:

O modo como o trabalho é prestado permite distinguir melhor entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo desde que seja percebido que há trabalhos nos quais o trabalhador tem o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo seus critérios pessoais, enquanto há trabalhadores que resolvem abrir mão do poder de direção sobre o trabalho

que prestarão, fazendo-a não coativamente como na escravidão, mas volitivamente como exercício da liberdade<sup>15</sup>, transferindo, por contrato, o poder de direção para terceiros em troca de um salário, portanto, subordinando-se. (NASCIMENTO, 2004, p. 406).

Destarte, para o autor citado acima, a relação de emprego advém da livre transferência do auto-governo do trabalhador a terceiro para a execução de serviços. A transferência emana subordinação do empregado e, para o empregador, produz o poder de direção materializada no poder de organização, controle e disciplina. (NASCIMENTO, 2004, p. 407).

De maneira objetivista, tem-se o conceito de Arion Romita: “integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho.” (ROMITA, 1979, p. 79-81).

Pode-se, operacionalmente, não obstante as diferentes conceituações, verificar que a subordinação jurídica vincula-se à sujeição do empregado à direção do empregador. Ou seja, seu conceito relaciona-se, ou mesmo é sinalagma, do poder diretivo.

Nessa perspectiva, infere-se que a premissa nuclear da subordinação provém da liberdade de trabalho. Somente se fala em trabalho subordinado no contexto do trabalho livre, o que era impossível ao tempo da escravidão. “Ora a existência de trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de conseqüência, da relação empregatícia)” (DELGADO, 2005, p. 84). Todavia, a liberdade nas relações de trabalho é uma falácia liberal, posto que não há liberdade no acesso aos meios e instrumento de trabalho, forçando, para a grande maioria dos trabalhadores, a aceitação da subordinação jurídica como meio de sobrevivência.

Ressalte-se a relação entre subordinação jurídica e meios de produção. Dizer que a subordinação é o aspecto passivo decorrente do poder diretivo do empregador é insuficiente. Efetivamente, sua premissa reside na capacidade de detenção da propriedade, como crítica Sidnei Machado:

A subordinação é apresentada como relação de dependência necessária e pessoal do trabalhador na execução do contrato, desprezando-se, assim, que **o fundamento da subordinação se dá pela noção de propriedade,**

---

<sup>15</sup> Diverge-se da noção de que o contrato de emprego é expressão da liberdade de trabalho, uma vez que se a liberdade fosse plena – o que enseja o domínio dos meios de produção – poucos trabalhadores sujeitariam-se a produzir por conta alheia ao invés de produzir para si.

**pois somente o proprietário gozará do poder de direção.**[...] Portanto, o pano de fundo do fundamento político da subordinação se encontra no sistema civilista da autonomia da vontade [que baseia a liberdade de trabalho], que se revela contraditório com o projeto e regulação do trabalho fora dos cânones do direito civil clássico, sobretudo na perspectiva do princípio da igualdade. (MACHADO, 2003, p. 32-33, grifo nosso).

A ontologia juslaboral teve como aporte, no trato das relações de trabalho, a necessidade de justiça social, forçando a ruptura com direito civil. No entanto, a premissa da liberdade de trabalho como condição para a subordinação jurídica persiste na seara civilista, ignorando a realidade social que produziu o Direito do Trabalho. Em termos reais (sociológicos e econômicos) a liberdade de trabalho tem sido ainda mais corroída, pelas alterações no mundo do trabalho (crise do trabalho), conduzindo à exclusão social – seja pela precarização ou pelo reforço da debilidade econômica pela flexibilização.

Na ordem dogmática, a superação das teorias da dependência representaria o próximo passo para uma definição clara e segura acerca do verbete legal “dependência”. A segurança na dogmática atrai definições objetivas essencialmente jurídicas, que não dialogam com os demais saberes, omitindo-se sobre a interdisciplinaridade. A definição segura seria um conceito objetivo: a subordinação jurídica.

[...] No Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetivista do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe um estado de sujeição (*status subjectiones*) (DELGADO, 2005, p. 303).

Mister perquirir o que seja a subordinação jurídica no plano epistemológico. Seu conceito porque histórico, já percorreu as teorias da dependência, articulando-se, hodiernamente, com uma concepção (suposta) objetiva: a faceta para o trabalhador do poder diretivo. Aprofundar este conceito é detectar um mito:

A subordinação jurídica fica sendo dita jurídica porque é jurídica. Um verdadeiro mito de origem. Mas o que é efetivamente subordinação jurídica? Como explicar sua origem e força quase obrigatória? Sob o ponto de vista metodológico, pode-se pensar paralelamente o projeto de construção do contrato social como mito necessário, tal como o mito da subordinação jurídica, transformado numa espécie de dogma para os juristas, ou seja, um mito racionalizado. (MACHADO, 2003, p. 87).

Apesar da pretensão de objetividade, a aferição de subordinação jurídica na relação de trabalho envolve a investigação dos elementos fáticos indissociáveis das

circunstâncias sociais e econômicas da prestação do trabalho. Neste sentido, desnuda Sidnei Machado a face pseudo-jurídica da subordinação:

[...] em que pese dita jurídica, reclama, no processo de investigação probatória e argumentativa, mormente no processo do trabalho, **uma imersão no plano fático, ou seja, remete novamente à questão social subjacente à prestação do trabalho.** [...] Ao contrário de seu propalado propósito de objetividade e segurança jurídica, congrega uma insolúvel incoerência. **O critério da subordinação, ao depender da valoração dos elementos constitutivos pela jurisprudência, comportará ora interpretação restritiva, ora uma tendência ao alargamento.** (MACHADO, 2003, p. 32-33, grifo nosso).

A (pseudo) segurança, clareza e certeza da definição dogmática da subordinação jurídica perdurou até o modelo fordista-taylorista de produção. Com o declínio deste, a subordinação jurídica foi bastante alterada, até mesmo extinta ou hiper-concentrada, ainda que de maneira difusa. “Há uma nova racionalidade organizativa da empresa, em curso, promovida pela razão técnica (instrumental), que prega a cultura da empresa, valoriza o trabalho atípico e independente” (MACHADO, 2003, p. 57). Tudo isto confirma o diagnóstico da crise da subordinação jurídica.

### **3.7. Crise da Subordinação Jurídica.**

A crise da subordinação jurídica se reveste principalmente das inúmeras formas novas de contratação – também chamadas de formas atípicas de trabalho – e, por conseqüência, no estabelecimento de novos vínculos de prestação de trabalho sem a clássica noção de heterodireção. Situa-se no contexto da crise da modernidade e da decadência do fordismo-taylorismo (demarcados por processos de homogeneização das relações de trabalho) em face da ascensão das relações heterogêneas de trabalho.

As alterações na subordinação jurídica já haviam sido projetadas. Em 1982, a crise da subordinação jurídica era propalada,<sup>16</sup> de maneira incipiente, mediante o discurso da

---

<sup>16</sup> Numa tendência emancipatória (que não se confirmou), Martins Catharino sustentava que a subordinação ligar-se-ia à cooperação e a colaboração. Imaginava que, sob uma orientação democrática, os preceitos de participação iriam também se manifestar nas relações de trabalho. Vislumbrava que “o trabalhador será mais livre. Então, poder-se-á falar, com precisão, no gênero *contrato de trabalho* do qual o de *emprego* será mera espécie decadente.”(CATHARINO, 1982, p. 214). A projeção quanto à decadência do emprego realizou-se,

insuficiência. Conjeturava-se “insuficiência, em virtude da expansão da legislação protetora do trabalho, do critério da subordinação jurídica, e o conseqüente alargamento do conceito de dependência econômica, determinando uma maior competência dos tribunais do trabalho.” (CATHARINO, 1982, p. 33).

O fordismo-taylorismo atraiu o homem para a fábrica, provocando a decadência do trabalho doméstico e artesanal. Esta modalidade de organização produtiva caracterizou e hegemonizou o Direito do Trabalho, limitando-o à proteção e regramento quase que exclusivamente da relação de emprego. Na era contemporânea, a complexidade pós-fordista, além de, em alguns casos, extirpar o chão de fábrica, organiza-se em lugares diversos e diferentes, vínculos próximos e distantes, empregados e colaboradores, inclusive com a superação das distâncias geográficas, políticas e sociais através dos avanços tecnológicos e da mundialização. Em verdade, o fenômeno da externalização ou *out-sourcing* representa o intento do paradigma pós-fordista em evair-se das obrigações trabalhistas, a partir de novas formas de trabalho. Washington da Trindade leciona que

Tais formas novas apontam para o fenômeno do out-sourcing, da externalização do trabalho, que se desvincula do trabalhador enquanto peça do mecanismo patronal, visando na opinião dos doutores das humanas, a um só tempo, abolir o contrato a tempo integral, transformar o trabalhador em empresário, livrando-se dos inconvenientes do poder hierárquico e das inarredáveis obrigações sociais. (TRINDADE; 1998, p.18)

O modelo pós-fordista orienta-se efetivamente por relações de cooperação e de colaboração. Entretanto, a orientação descentralizadora ou externalizante não acolheu os sentidos democráticos ou emancipatórios nas relações de trabalho. Pelo contrário, sua implementação visou refazer a fábrica ou unidade de produção no plano imaterial, exteriorizando partes do processo produtivo (ou mesmo sua integralidade) e, em conjunto, a subordinação jurídica clássica, mas aprofundando a relação de exploração do trabalho e a dependência do trabalhador. A unidade da produção ocorre, sem subordinação, ou mesmo com sua diminuição, através da colaboração e cooperação, mantendo-se o controle do processo produtivo, ainda que de forma difusa e complexa. A mutação da subordinação, que

---

contudo, sem guiar-se pela perspectiva democrática ou emancipatória, eis que pós-fordismo tende a eliminação do emprego em favor de novas figuras contratuais.

poderia ser emancipatória, sob o julgo dos modelos produtivos hodiernos, tornou-se ainda mais exploratória<sup>17</sup>.

Neste modelo atual a subordinação é diluída. A fábrica mínima, estrutura ideal da produção pós-fordista requer um novo perfil de trabalhador. Chefias e gerências são substituídas, sempre que possível, pela responsabilização de cada um dos trabalhadores pela tarefa a ser desenvolvida. A subordinação passa de um controle direto, presente, efetivo, para uma atribuição de responsabilidade sutil e frequentemente cobrada pelo empregador. (ALVES, 2004, p. 78).

As mudanças organizativas, mesmo alterando a subordinação jurídica, não proporcionaram rupturas com a dominação ou mesmo com o trabalho por conta alheia. Pelo contrário, o processo de trabalho tem sido cada vez mais alienado e sua exploração (no sentido de piora das condições de trabalho) tem se ampliado. O modo de produção pós-fordista pode até eliminar fisicamente o ambiente fabril<sup>18</sup>, contudo a alienação do trabalho prossegue em termos assustadores, na direção das péssimas condições de trabalho dos primórdios do início do século XVIII

A manifestação desta crise reside no surgimento de novas formas atípicas de trabalho consorciadas com a (re)utilização das tradicionais formas atípicas (avulso, eventual e autônomo). Novas dicotomias se apresentam: temporário *versus* permanente; diretos *versus* terceirizados; estáveis *versus* provisórios. As alterações nas relações laborais, promovidas pela reestruturação pós-fordista, caminham para o desprestígio do emprego e intensificação das “formas novas” e flexíveis. “Já as formas atípicas de trabalho subordinado fixam-se na precarização das modalidades de trabalho, em particular de emprego” (DONATO, 1992, p. 54).

As formas atípicas de trabalho expandem-se. São consideradas como aquelas distintas das antigas formas clássicas e dicotômicas: o trabalho autônomo e o subordinado.

---

<sup>17</sup> “Além de ganhar menos o trabalhador termina tendo que trabalhar mais, principalmente quando é ‘seu próprio negócio’, submetido à pressão de um mercado ‘monopsônico’, onde é obrigado a atender as exigências de quantidade e qualidade de produção, estabelecidas por seu único comprador, a grande empresa terceirizada, ou então sucumbir à concorrência.” (GUERRA FILHO, 2000, p. 78)

<sup>18</sup> “Desse modo, apenas em termos formais é que a fábrica se horizontaliza. Em termos reais, continua vertical, na medida em que detém sobre os parceiros invisíveis relações de domínio. Este fenômeno é ainda mais presente, quando se trata de trabalhador isolado, ou uma empresa familiar, ou ainda uma cooperativa de produção. ... Assim, o que vemos renascer é o trabalho por conta própria, mas com um novo traço. ... agora, já não é apenas o trabalhador livre que se faz empregado e, portanto, dependente: é o próprio autônomo que trabalha sem autonomia – não só técnica como econômica.” (VIANA, 2005, p. 263).

Foram criadas figuras intermediárias que não se enquadram nos conceitos, outrora hegemônicos, de trabalho auto-dirigido ou hetero-dirigido.

Com a nova conjuntura, muda realmente a forma em que se apresenta o trabalho. Em vez de organiza-se uniformemente no trabalho baseado na organização fordista, centrado na figura do trabalho subordinado, como foi em quase todo o século XX, agora '*il lavoro si declina al plurale*' [Umberto Romagnoli], o novo trabalho (ou novos trabalhos) se apresenta multiforme, pressionado pelo novo regime de acumulação de capital denominado 'pós-fordista'. (CARELLI, 2004, p. 15).

As formas de trabalho típicas compreendem o emprego e o trabalho autônomo, enquanto que as formas de trabalho atípicas abrangem o avulso e o eventual, o estágio, a aprendizagem, o trabalho temporário, o trabalho cooperativado e os autônomos. Tal definição foi extraída da pesquisa *Formas Atípicas de Trabalho* de Rodrigo Carelli (2004).

Mister, então, para compreender a mutação crítica da subordinação jurídica perpassar as formas típicas e atípicas de trabalho, no sentido da diluição da subordinação. Analisar-se-á o trabalho doméstico, rural, aprendiz, temporário, a domicílio, avulso, eventual, estagiário, cooperado, autônomo e voluntário. Ressalve-se que não se pretende explicar cada uma destas modalidades contratuais e seus efeitos, pois este não é o problema da pesquisa, mas tão somente analisá-los sobre o viés da subordinação jurídica.

Os empregados rurais e domésticos foram inseridos no âmbito da relação de emprego e, por conseguinte, na proteção trabalhista, por meio das leis 5859/72 e 5889/73, respectivamente. O reconhecimento confirma o movimento cunhado pela doutrina de expansão do Direito do Trabalho, visceralmente ligado a sua ontologia originária. Estes dois modos de trabalho situam-se, indubitavelmente, no âmbito do trabalho subordinado, apesar de trazerem peculiaridades. No trabalho doméstico, não há atividade produtiva lucrativa, eis que o labor doméstico destina-se aos serviços familiares, entretanto o poder diretivo é clarividente, bem como a noção de dependência econômica.

No ambiente campestre, há atividade produtiva proveniente das atividades rurais<sup>19</sup> que eram retiradas da esfera da proteção trabalhista, em razão dos interesses políticos e sociais que não reconheciam aos trabalhadores do campo a subordinação e a dependência, apesar delas serem flagrantes. No plano do sistema jurídico positivo, a exclusão dos domésticos e rurais da proteção laboral ocorria por força da exclusão do artigo

---

<sup>19</sup> O conceito de atividade rural é extraído do artigo 3º da lei 5889/73 como atividade agro-econômica ou a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho.

sexto, incisos primeiro e segundo da CLT, que não fora recepcionado pela Constituição de 1988. O artigo sétimo da norma fundamental determinou a igualdade de direitos entre rurais e urbanos, bem como um rol – ainda que pequeno –, aos empregados domésticos. A ampliação constitucional da proteção representa o reconhecimento da subordinação jurídica no trabalho doméstico e rural.

O instituto do contrato de aprendizagem, regulamentado no artigo 428<sup>20</sup> da CLT, representa uma derivação do contrato de emprego, tendo em consideração a idade dos trabalhadores. O objetivo da formação profissional realizada no próprio ambiente produtivo justifica para a Carta Magna (art sétimo, inciso XXXIII) o labor dos menores a partir dos quatorze anos. Do ponto de vista do trabalho subordinado, a aprendizagem, ao ser considerada como contrato de emprego especial, reconhece que a condição pessoal do menor aprendiz não retira a subordinação jurídica. Ao contrário, reconhecendo a relação empregatícia, o próprio ordenamento jurídico aplica, acertadamente, a tutela relativa ao trabalho subordinado proporcionalmente, a exemplo do salário mínimo hora (art. 428, 2º §) e estipulação do prazo máximo de dois anos para o contrato (art. 428, 3º §).

Ao lado do contrato de aprendiz, tem-se o contrato de estágio, muitas vezes confundido com o primeiro ou manejado para descaracterizar a relação de emprego. A Lei 6494/77 criou o estágio para estudantes do ensino superior, supletivo ou profissionalizante, almejando a complementação prática dos conhecimentos adquiridos. Nisto diferencia-se da aprendizagem, posto que esta última não visa qualquer complementação do saber estudado, mas tão somente a formação profissional na empresa. A distinção tornou-se mais frágil com a possibilidade do estágio no ensino médio, conforme alteração da citada lei por medida provisória (MP 1952-19/2000). De forma contraposta e até discriminante, a subordinação jurídica no estágio é notória, em particular no seu caráter de dependência técnica, embora a lei regulamentadora retire expressamente a possibilidade de vínculo empregatício, ante a intenção do legislador em promover uma política pública formativa.

---

<sup>20</sup> “Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.”

Neste aspecto, o tratamento das figuras do estágio e aprendizagem é díspare. Em ambos identificam-se os quatro requisitos da relação de emprego: pessoalidade; não-eventualidade; onerosidade; subordinação. Contudo, a doutrina confere interpretação circunscrita à lei 6494/77, que não assegura direitos aos estagiários, salvo pelo livre ajuste, enquanto, em um contrato semelhante e com mesmo fim (política pública de formação profissional), assegura a mesma proteção do trabalho subordinado. Em face do menor custo do estágio decorrente da inexistência de proteção, este tem sido bastante utilizado, como meio de obter mão-de-obra barata<sup>21</sup>.

No plano mais distinto das anteriores, o trabalho temporário (Lei 6019/74) apresenta caráter particular na subordinação jurídica. Frise-se a lei do trabalho temporário foi um marco em termos de alteração legislativa no Brasil<sup>22</sup>, no sentido de atender os interesses da reestruturação produtiva. Tinha como finalidade facilitar a admissão (e também dispensa) de trabalhadores em duas situações: acréscimo extraordinário de serviços e substituição temporária de pessoal (art. segundo). Sua origem advém da Europa, que adotava o modelo da proteção à dispensa arbitrária (Convenção 158 da OIT). No entanto, no Brasil esta finalidade não era eminente, haja vista que havia o sistema “opcional” do FGTS que facultava a dispensa arbitrária, pela possibilidade de ajuste de contratos a prazo e pela inexistência de vedação à dispensa arbitrária.

A subordinação jurídica no trabalho temporário manifesta-se de modo especial, uma vez que o dever de obediência do trabalhador existe em face do tomador de serviços, quando seu vínculo empregatício se dá com a Empresa de Trabalho Temporário (art. quinto da Lei 6019/74). Haverá verdadeira interposição de mão-de-obra, de forma lícita, conforme inteligência do Enunciado 331, I do TST. Esta interposição lícita diferencia a subordinação jurídica porque, sendo subordinado a determinada empresa, o trabalhador temporário terá o vínculo empregatício com a Empresa de Trabalho Temporário. Sendo trabalhador e empregado, o temporário perceberá todos os direitos previstos, não mais no art. 12º da Lei 6019/74, e sim no art. sétimo da Constituição.

---

<sup>21</sup> A Lei 6494/77 assegura aos estagiários o direito a uma bolsa ajustada com seu tomador de serviços e a negociação do horário de trabalho (inclusive para ampliá-lo) durante o período de férias escolares. Entretanto, muitos contratos de estágio são considerados nulos pela Justiça do Trabalho, com arrimo no artigo nono da CLT, reconhecendo o vínculo de emprego, haja vista que os requisitos formais (imprescindíveis a um contrato civil como o de estágio) não são cumpridos.

<sup>22</sup> Relembre-se a Lei 5107/66 que implantou, de forma opcional, o modelo do FGTS como a primeira medida de flexibilização no Brasil.

O Trabalho a domicílio<sup>23</sup> enseja interessante ampliação da noção de subordinação jurídica. Na sua execução, o poder diretivo é mitigado, em razão do local de prestação do trabalho, ou seja, sendo o domicílio o ambiente de produção do trabalhador o dever de obediência relaciona-se muito mais com a obrigação de resultado, do que com a obrigação de meio. O reconhecimento da proteção trabalhista a este trabalhador foi condicionado pela norma celetista à configuração da relação de emprego. Contudo, o local da prestação de serviços afeta o caractere da subordinação, diluindo-o em seu aspecto fiscalizatório. Incumbiu-se a doutrina de traçar o modo de se identificar esta subordinação diferida<sup>24</sup>. A subordinação, neste caso, recorre à noção dependência econômica para se caracterizar, demonstrando a sua insuficiência. Frise-se que o caráter diferido desta subordinação<sup>25</sup> servirá como parâmetro interpretativo inclusivo para o fenômeno da externalização da produção no pós-fordismo.

O trabalhador avulso é de difícil conceituação, considerando a pluralidade de acepções que o termo “avulso” assume. Pode-se a distinguir o avulso em portuário, urbano, e rural<sup>26</sup>. Não obstante as dificuldades de definição do avulso, identificam-se algumas características imprescindíveis: a) multiplicidade de tomadores de serviços; b) não permanência na prestação dos serviços; c) ausência de pessoalidade; d) intermediação na contratação. O labor avulso é peculiar, pois os trabalhadores estão à disposição para o trabalho – que é normalmente de curta duração, embora sem previsão exata do seu início –, cabendo a contratação ser intermediada (ou por sindicato ou por o órgão gestor de mão-de-obra), sem ocorrência do direito de escolha (pessoalidade e direito de contratar) pelo tomador de serviços. Registre-se que a Lei 8630/96 tentou “modernizar” os portos, à luz do neoliberalismo, retirando a intermediação do sindicato (e por isso, enfraquecendo a entidade de classe).

---

23 “ Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.” (BRASIL, 2004).

24 Os requisitos, para Orlando Gomes e Élon Gottschalk (2005, p. 453), são: continuidade, fixação da qualidade e quantidade pelo tomador dos serviços, obrigação de fazer (prestar serviços), remuneração por produção. Ressalve-se que não há controle de jornada e, por conseguinte, jornada extraordinária, nos termos do art. 62, I, em razão da rarefação do poder fiscalizatório.

25 A situação do domicílio e sua proteção será retomada adiante no capítulo “Repensando o princípio da proteção”.

26 Os portuários são aqueles que laboram na zona portuária com capatazia, estiva, manutenção de carga e vigilância de embarcação. Os urbanos são os demais avulsos não vinculados à zona portuária, como os garçons, e são caracterizados por esta negação (todos que não são portuários). Já os rurais podem ser trabalhadores da colheita, ensacadores, entre outros. O artigo 9º do Decreto 3048/99 define tais categorias.

Apesar das peculiaridades, o avulso é trabalhador subordinado, isto porque, mesmo durante um pequeno lapso temporal proveniente de contratação intermediada e sem o exercício do direito de contratar do tomador de serviços, seu labor sujeita-se ao poder diretivo. “Esclareça-se o trabalhador avulso que exerce sua atividade no porto também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração.”. (NASCIMENTO, 2004, p.423). Saliente-se que, em face da intermediação sindical, o trabalho avulso obteve tutela trabalhista advinda da negociação coletiva. O reconhecimento da subordinação permeou a ampla tutela trabalhista assegurada pela Constituição em seu artigo sétimo (XXXIV), ao igualar em direitos os trabalhadores avulsos e os empregados.

No trabalho eventual, a subordinação é inerente ao ajuste, compreende a sujeição ao poder diretivo, apesar da ausência de inserção continuada ou curta duração do serviço (vide teorias sobre o trabalho eventual no item 3.4.). Depara-se, nesta relação, com a possibilidade de caracterização da subordinação, pessoalidade e onerosidade, contudo o artigo terceiro da norma consolidada exige a não-eventualidade para caracterização da relação empregatícia. Leciona a doutrina que a tipificação do empregado carece concomitantemente dos quatro requisitos dispostos no artigo terceiro. Isto é, a CLT operou a exclusão do trabalhador eventual por opção legislativa ao excluir a proteção daqueles trabalhadores (dependentes e) subordinados que prestam seus serviços esporadicamente ou de maneira desvinculada dos fins do empreendimento, e, por isso, não fazem jus a uma jornada máxima ou um intervalo para o almoço. Com isso, relega-se a regulamentação do trabalho eventual ao Código Civil<sup>27</sup>, com coerente crítica: “Injustificável a marginalização, visto que o eventual é subordinado” (NASCIMENTO, 2004, p. 418)

O trabalho cooperado é modalidade fundada na autonomia dos trabalhadores cooperados, pois estes se associam para, conjuntamente, desenvolver determinados serviços coordenadamente, sem subordinação ou hierarquia entre si. Em tese, seria a utópica forma de trabalho sem apropriação alheia. Porém, a prática das cooperativas de mão-de-obra

---

<sup>27</sup>Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.” (BRASIL, 2001)

desvela uma realidade destoante<sup>28</sup>, na razão em que não fornecem um serviço especializado (o que demonstraria capacidade organizativa e domínio técnico), mas tão somente mão-de-obra para qualquer serviço indistintamente. Neste trabalho, o cooperado é fornecido para utilização em atividades terceirizadas, recebendo ordens diretamente ou por meio dos “representantes” das cooperativas. A manifesta submissão técnica descarta o estado de subordinação ou dependência. Ou seja, a subordinação mostra-se existente nas cooperativas de mão-de-obra. Assim, adverte Rodrigo Carelli:

O trabalho “cooperado” fornecido por cooperativa de mão-de-obra, ao contrário de ser uma alternativa ao trabalho subordinado, é antes a própria negação. É a negação da necessidade de proteção do trabalho, é a negação da própria razão de ser do Direito do Trabalho. Se essa forma de exploração vingar, daqui a pouco estará extinta a Justiça do Trabalho, e se esta ainda subsistir, chamar-se-á Justiça do Cooperado, em que haverá Procuradores do Cooperado e Juízes do Cooperado, para observa-se as “produções cooperativas”, antes denominadas “salários”, foram pagas. (CARELLI, 2004, p. 61-62).

Antagonicamente a sua proposta originária de ruptura com o estado de dependência, decorrente da autogestão dos cooperativados, as cooperativas de mão-de-obra baseiam-se em trabalho subordinado, diluindo pela interposição da “gatoperativa”. Felizmente, mesmo a dogmática conservadora não pode silenciar em situações de flagrante violação dos direitos trabalhistas pelo falseamento da relação de emprego, aplicando o valoroso artigo nono da CLT que desconsidera os atos fraudulentos e cuida de firmar o contrato-realidade. Para o problema do falso cooperado promovido pelo pós-fordismo, o velho sistema celetista já estava imunizado.

O trabalho voluntário congrega labor subordinado afetado por fins cívicos, religiosos, culturais, educacionais, científicos, recreativos e assistenciais prestados a entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos. A prestação destes serviços ocorre sob a direção do tomador, que dirige o trabalho voluntário conforme sua discricionariedade, configurando a subordinação jurídica. Portanto, o trabalho voluntário insere-se no gênero do trabalho subordinado, no entanto não está englobado no leque protetivo do Direito do Trabalho por faltar o caráter oneroso. Percebe-se que a exclusão do trabalho voluntário condiz com o critério da dependência econômica, posto que os que trabalham sem o objetivo

---

<sup>28</sup> Cumpre registrar a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate a cooperativas fraudulentas. “Importa salientar que a ilegalidade das cooperativas de mão-de-obra independe da sua atuação em atividade final ou meio das empresas.” (CARELLI, 2004, p. 60)

de perceber contraprestação salarial o fazem não como alternativa de sobrevivência, mas sim como regozijo de um dos fins altruísticos supracitados e, por tal razão, dispensam a proteção. Entretanto, registre-se a prática crescente da utilização de trabalho voluntário conjugado por “bolsas” para ajuda de custo, por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, em substituição aos seus empregados. Para a fraude mencionada, a aplicação do artigo nono da CLT é suficiente na perquirição do contrato-realidade, não obstante existir “termo de trabalho voluntário”.

Nas figuras atípicas acima perpassadas, a subordinação jurídica transita de modo disforme e complexo. Caracteriza-se clarivamente (estágio, eventual, falso cooperado e falso voluntário) dissociada da proteção trabalhista. Ora existe com proteção (doméstico, rural, aprendiz, temporário, a domicílio e avulso), ainda que tardiamente em alguns casos, para confirmar seu caráter expansionista. Isto conduz um movimento complexo e dissonante entre a subordinação jurídica e a proteção trabalhista, outrora nascidas juntas e indissociáveis e agora, às vezes juntas, às vezes separadas, demonstrando não a falência do trabalho subordinado, mas sua inaptidão como critério de aplicação da proteção trabalhista.

Essa incapacidade se acentua quando se trata de certos trabalhadores autônomos, situados num mediano entre a subordinação e a autonomia. De todas as figuras acima, pode-se imputar a determinados trabalhadores autônomos a maior problemática, justamente por ensejar a centralidade da crise da noção de subordinação jurídica. Isto porque, verifica-se, na realidade social, uma gama de trabalhadores insertos no processo produtivo empresarial com *status* de autonomia, descaracterizando a subordinação jurídica, embora confira novos contornos à noção de dependência. Trata-se dos trabalhadores parassubordinados.

### **3.8. Parassubordinação.**

A idéia da parassubordinação pressupõe a insubsistência<sup>29</sup> do critério de aplicação do Direito do Trabalho, visto que os processos de externalização da organização

---

<sup>29</sup> Considerando-o insuficiente para dar fundamento jurídico para alguns tipos de trabalho que crescem na sociedade e que diferem do padrão sociológico que levou o Direito do Trabalho a construir a teoria da subordinação, fazendo-o em duas principais direções, a coordenação e a parassubordinação, para substituir ou completar os tradicionais conceitos de dependência e subordinação. (NASCIMENTO, 2004, p. 408).

da produção tendem constituir uma periferia de trabalhadores (tidos juridicamente) como autônomos, embora englobados e vinculados, quanto ao resultado e outras obrigações, ao empreendimento empresarial.

A(s) tipologias intermediária(s) entre as relações de autonomia e subordinação foram articuladas pela doutrina italiana sob o nome de *parassubordinação* ou relações de coordenação (SILVA a, 2004, p. 104). O sufixo *para* significa *para além*, ou seja, seria para além da subordinação. Trata-se de uma nova *fattispecie*, que, pela suas peculiaridades, atrai um desenvolvimento próprio e autêntico. O conceito de parassubordinação advém, principalmente, da doutrina italiana e de outros países da Europa (França e Alemanha), não havendo no Brasil dispositivo legal acerca do tema, apesar da existência de certa contribuição teórica formulada por Pinho Pedreira, Amauri Mascaro Nascimento, Alice Monteiro de Barros, Otávio Pinto e Silva e Amauri César Alves.

Historicamente, a discussão sobre a parassubordinação iniciou-se na Itália (SILVA, 2001, p. 175) em 1973, a partir da Lei 533 (Código de Processo Civil). A norma processual italiana, em seu artigo 409, disciplina a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as lides decorrentes dos contratos de colaboração, representação comercial, agência, desde que estes operem de forma continuada, coordenada e não sejam caracterizados pela subordinação. Houve, à época, uma extensão do ordenamento processual aos parassubordinados, assegurando-lhes as garantias processuais trabalhistas mínimas.

A nova figura engendrou intenso debate acerca da extensão dos seus efeitos, se até o direito processual ou, indo mais além, até o direito substancial – garantias materiais trabalhistas. A maioria da doutrina italiana firmou seu entendimento no sentido de que havia tão somente uma garantia processual. Contudo, vislumbra-se, com a parassubordinação, uma nova *ratio*. “Com reconhecimento e normatização das relações de parassubordinação o legislador italiano teria buscado dar a alguns trabalhadores um patamar mínimo de proteção, ainda que, consoante maior parte da doutrina e da jurisprudência daquele país, de cunho meramente processual” (ALVES, 2004, p. 87).

Segundo Pinho Pedreira (2001, p. 176), a reforma legislativa alemã de 1974, no que se refere à contratação coletiva, individualizou uma sub categoria de parassubordinados, ao lado dos trabalhadores a domicílio, agentes de comércio e outros autônomos em

---

colaboração e exclusividade. O Direito Alemão estabeleceu que o parassubordinado seria “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado” (ALVES, 2004, p. 97), atribuindo ao judiciário trabalhista a competência para apreciar seus litígios, à semelhança da Itália.

Prossegue Pinho Pedreira (2001) lecionando que, na França, o instituto foi caracterizado como um estatuto marginal, na razão de que se conforma como um intermediário (misto) entre o trabalho subordinado e autonomia. Gerard Lyon-Caen assim caracteriza a situação:

No estado atual das práticas em matéria de emprego **faz certamente falta um conceito intermediário** (parassubordinação não é de uma total limpidez) que permita aplicar os conceitos de Direito do **Trabalho a certas pessoas que não são ‘verdadeiros’ independentes sem serem assalariados: que são a parte mais fraca do contrato** (LYON-CAEN *apud* SILVA, 2001, p. 177, grifo nosso)

O professor baiano conceitua o trabalho parassubordinado como “prestações continuadas de caráter pessoal, sujeitas a coordenação espaço-temporal” (SILVA, 2001, p. 175). Para Otávio Pinto e Silva “São relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços.” (SILVA, O, 2004, p. 102). Amauri Mascaro Nascimento define como:

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com personalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado. (NASCIMENTO, 2004, p. 413)

Os Caracteres da parassubordinação são a continuidade, pessoalidade, coordenação e dependência econômica. A característica da continuidade possui semelhança com a concepção doutrinária nacional da *não-eventualidade*. Neste sentido, a prestação pessoal deve ocorrer com certa frequência e habitualidade. Aliás, a relação de coordenação somente se revelaria por reiteradas prestações (continuidade), excluindo das relações de parassubordinação àquelas prestações pessoais autônomas únicas, por serem eventuais e esporádicas. “Afinal de contas, a continuidade deve estar vinculada a uma série de

resultados que as partes pretendem atingir e que justifiquem a presença de coordenação.” (SILVA, O, 2004, p. 102).

No que tange aos conceitos periféricos à continuidade, como a exclusividade e intermitência, a parassubordinação prescinde deles. A exclusividade não assegura, *per si*, a relação de trabalho coordenada ou a subordinada, como já dissecou a doutrina trabalhista<sup>30</sup>, sendo tão somente critério acessório. Já a intermitência, também, não afeta a continuidade, entendida como habitualidade, eis que o fato destacável é a inserção permanente e reiterada na produção e não a prestação diária, mensal ou sazonal.

O caráter da prevalência da prestação pessoal é bem diferenciado da natureza personalíssima do contrato de emprego. Fala-se em prevalência, pois os colaboradores podem até utilizar o trabalho de demais pessoas – terceiros –, desde que observe e assegure que sua prestação final, resultado do seu trabalho e de terceiros, seja demarcada pela sua qualidade pessoal. Isto é, as principais atividades não de ser desenvolvidas pessoalmente pelo trabalhador parassubordinado, apesar da possibilidade da colaboração de terceiros<sup>31</sup> nas atividades acessórias.

Não obstante a possibilidade da ajuda de terceiros – implicando somente a prevalência da personalidade –, o trabalho para ser tido como parassubordinado necessita de uma ligação funcional como a atividade produtiva do tomador dos serviços.

A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando critérios qualitativos, quantitativos e funcionais. (SILVA, O, 2004, p. 102).

A ligação funcional é a medida da relação de coordenação ou colaboração. Neste não há situação de hierarquia clara e manifesta entre o colaborador e o tomador. Cabe ao colaborador prestar seus serviços com alguma autonomia no tocante ao *modus facere* (horário, local de trabalho e ajuda de terceiros), entretanto se sujeita a entregar o resultado nos padrões definidos pelo tomador (objeto, qualidade, quantidade, matéria prima e acessórios). A coordenação é esboçada por Amauri César Alves como:

---

<sup>30</sup> “O Direito do Trabalho não exige que o empregado se coloque à disposição de um só empregador de cada vez, o que significaria singularizar a relação de emprego. Ao contrário, tolera, sem nenhuma restrição de ordem jurídica, sua pluralidade, cingindo a limitação ao aspecto material de dispor o empregado do tempo suficiente para o múltiplo atendimento.” (PINTO, J, 2005, p. 112)

<sup>31</sup> Cumpre, no futuro próximo, perquirir sobre a condição e a proteção destes terceiros que são colaboradores dos colaboradores das empresas, acaso não se enquadrem na relação de emprego com o primeiro colaborador.

A *coordenação* da prestação é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja, neste contexto subordinação no sentido clássico e já analisado do termo. É atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. É, ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante, sendo que aquele se insere no contexto organizativo deste – no estabelecimento ou na dinâmica empresarial – sem ser empregado. (ALVES, 2004, p. 89)

Na comparação, o parassubordinado é mais subordinado no resultado do que o autônomo e mais autônomo no modo de fazer do que o trabalhador subordinado, restando, assim, a nova *fattispecie* uma posição intermediária.

O importante elemento para se distinguir a parassubordinação da autonomia é a circunstância de que a vinculação entre o colaborador e o tomador dos serviços se dá pela inserção do primeiro no processo produtivo do segundo.

No pós-fordismo, essa tem sido a tendência, pois, cada dia, o trabalho se torna mais autônomo, já que menos prescritivo, no entanto, a relação do trabalhador com o tomador se dá com plena característica de dependência econômica. Aqui, fica evidenciado apenas o elemento da inserção do trabalhador na organização da produção alheia, o qual induz que há sujeição do trabalhador ao empregador. Nessa perspectiva, o elemento fundamental seria a identificação da posição do trabalhador na relação de produção. (MACHADO, 2003, p. 147).

É esta inserção, ou melhor, o fato de que a empresa externalizou do estabelecimento e da subordinação jurídica partes do processo produtivo, que configura a parassubordinação. O trabalho genuinamente autônomo em nada se vincula ou insere-se continuamente na atividade do contratante. A inserção foi exposta como coligação funcional:

Afirma Giuseppe Santoro-Passarelli que a idéia de coordenação indica justamente uma coligação funcional entre a prestação laboral do e a atividade desenvolvida pelo destinatário deste trabalho. Ocorre que, diferentemente do trabalho subordinado, o trabalho coordenado não exclui as possibilidades de o prestador dos serviços determinar autonomamente ou de acordo com o tomador não apenas as modalidades, mas também o lugar e o tempo de adimplemento da prestação laboral. (SILVA, 2004, p. 107)

A pequena parcela de autonomia do trabalhador parassubordinado provém do poder de organizar seu trabalho de colaboração, afastando a possibilidade de configuração da relação empregatícia por ausência do poder diretivo. Pequena é a autonomia, porque este

poder de organização limita-se a executar o padrão produtivo daquele que, efetivamente, controla o processo produtivo na sua inteireza: o tomador dos serviços. É o tomador que, necessariamente, pré-determina partes da etapa produtiva delegada ao colaborador. Isto demonstra a pseudo ou limitada autonomia do trabalhador parassubordinado.

No novo trabalho autônomo, **as obrigações de resultado são intensificadas em detrimento das obrigações de meio e, assim, se confere aos trabalhadores certa autonomia na execução do trabalho.** (grifo nosso) Podem-se vislumbrar, hoje, esferas de autonomia na subordinação, como dependência na autonomia. (MACHADO, 2003, p. 136)

Um exemplo<sup>32</sup> emblemático do trabalho parassubordinado pode ser averiguado no teletrabalho. Pinho Pedreira define como “atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da rede principal da empresa, de forma telemática. Total ou parcialmente, porque há teletrabalho exercido em parte na sede da empresa e em parte em locais dela distantes.”(SILVA, 2000, p 583). A tipologia teletrabalho compõe-se por: telecentro (pequenas filiais interligadas a rede da empresa); domicílio; nômade (sem local certo para o trabalho). (JORGE NETO, 2004, p. 1276).

Ressalte-se que o teletrabalho é forma de estruturação da empresa, expressão do poder diretivo, não definindo, por si só, a existência ou inexistência de relação de emprego. O vínculo dependerá da análise da situação em concreto. É esta a lição de Pinho Pedreira:

Não imprime, por si mesmo, o selo de autonomia à relação jurídica entre o teletrabalhador e aquele a quem este presta serviços. Adverte, a propósito, Jean-Emmanuel Ray: ‘o teletrabalho é modalidade de organização da atividade e não um estatuto particular’. E Rosario Gallardo Moya completa, referindo-se aos teletrabalhadores: ‘...a qualificação jurídica desses trabalhadores não é única, mas dependerá do modo como se leve a cabo a prestação, isto é, do seu conteúdo obrigacional. (SILVA, 2000, p. 584)

De outro lado, o pressuposto que ensejou o debate sobre a nova *fattispecie* foi a constatação paradoxal, nestas figuras intermediárias, do componente da debilidade econômica do prestador, agravada pela impossibilidade da proteção decorrente da ausência de subordinação jurídica clássica. A autonomia, outrora sinônimo de capacidade

---

<sup>32</sup> São também exemplos de trabalhadores parassubordinados os representantes comerciais, os agentes de comércio, profissionais liberais colaboradores (SILVA, 2004) e, principalmente, pequenos empreendedores ou artífices que prestam serviços na atividades periféricas das empresas pós-fordistas.

organizativa e poderio econômico, é acompanhada atualmente da situação economicamente débil deste trabalhador e, por isto, paradoxal. Amauri César Alves sugere que:

O elemento motivador do surgimento deste novo instituto [...] foi a busca da proteção aos trabalhadores que vendem sua força produtiva a um contratante e, por não estarem eles subordinados, não recebem qualquer proteção da disciplina juslaboralista. Assim, é a razão de ser da parassubordinação a fraqueza contratual e econômica do trabalhador, pois é este quem merece a proteção da sociedade, por meio do ordenamento jurídico. (ALVES, 2004, p. 90).

Depreende-se que o movimento que debate a parassubordinação funda-se no cotejo da proteção dos parassubordinados em face da sua debilidade econômica. Resgata-se a ontologia fundadora do Direito do Trabalho, que impõe a proteção para aqueles trabalhadores hipossuficientes. Articulada com a ontologia originária, o critério da dependência econômica é (re)utilizado como componente identificador da parassubordinação.

Se não existisse a cogitada debilidade, seria dispensável qualquer debate jurídico acerca dos contratos de trabalho parassubordinados, posto que autonomia privada e a liberdade governariam o negócio, sem acarretar-lhe qualquer vício ou injustiça combatível. Mas é justamente a debilidade e a inserção do parassubordinado que reclamam a proteção trabalhista, como imperativo de justiça social. Esta fragilidade termina sendo também componente do tipo parassubordinado, posto que justificadora de uma tentativa de extensão da tutela trabalhista.

Portanto, o trabalho parassubordinado compreenderia o labor prestado com a prevalência da pessoalidade, de maneira não-eventual, situado como parte de um processo produtivo maior controlado pelo tomador de serviços, denotando uma hipossuficiência econômica do prestador e, por tal razão, merecedor da tutela protetiva, como vistas a se garantir a dignidade humana e o valor social do trabalho.

Por fim, cumpre discorrer, rapidamente, sobre o instituto e sua aplicação no ordenamento nacional. A Parassubordinação é válida no sistema brasileiro, porque traz semelhanças com a dependência econômica, amparada, genericamente, no artigo terceiro da CLT. Porém, a exata noção de dependência pressupõe absorção integral e absoluta do trabalhador pela empresa, gerando uma exclusividade, que não é caractere da parassubordinação, e, portanto, desta diferenciando-se. A diferença diagnosticada não

prejudica as semelhanças no fundamento da dependência econômica e da parassubordinação: a necessidade de proteção dos trabalhadores débeis economicamente.

Opina Pinho Pedreira (2001, p. 181) que há carência de uma nova norma que explicita a parassubordinação, bem como defina os direitos e a sua tutela. Até lá, não há como se aplicar o instituto. Não se entende possível, no Brasil, a proteção ao trabalhador parassubordinado, mas tão somente seu enquadramento, ainda que “forçado” ao conceito de subordinado. Na prática, a doutrina tem adotado uma saída interpretativa “forçada”, ao englobar na subordinação (dependência) o fenômeno da parassubordinação. Nesse sentido, cumpre transcrever Amauri Mascaro Nascimento:

Quando o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinação, mais simples será enquadrá-lo como tal (trabalho subordinado), para efeito de aplicação da legislação trabalhista pertinente, salvo se elaborada uma normativa própria, sem o que não será de grande utilidade no Brasil. (NASCIMENTO, 2004, p. 402).

Verifica-se que o critério da subordinação jurídica revela-se insuficiente para tratar destes trabalhadores possuidores de uma autonomia pós-moderna no trabalho. Sua moldura mostra-se limitada e apertada, funcionando, contemporaneamente, mais para excluir – quando não identifica a clássica noção de subordinação – do que para incluir protetivamente. Torna-se, então, premente a necessidade de um novo critério.

### **3.9. Necessidade de novo(s) critério(s).**

As relações contemporâneas de trabalho, seja pela subordinação atípica ou pela mitigação desta, não coadunam com a definição dogmática do critério de aplicação do Direito do Trabalho. A parassubordinação é a exemplar, posto que, sendo proveniente da descaracterização da subordinação clássica através da sua diluição, é definida como a prestação de serviço externalizada e mais em observância aos modos de produzir e fazer determinados pela empresa (TRINDADE, 1998).

A crise da subordinação jurídica produz um paradoxo que afeta sua ontologia: protege uma pequena parcela de trabalhadores tipicamente subordinados, silenciando-se acerca um imenso contingente de trabalhadores hipossuficientes subordinados atípicos ou

parassubordinados. Realça Willis Guerra Filho que a mais valia se amplia nestas novas relações de trabalho:

Retorna, assim, com todo o vigor, neste final de século XX, a mais-valia absoluta, como forma mais adequada de se obter “mais-trabalho”, e agora sem sofrer resistência por parte do movimento sindical, pois os trabalhadores que têm o “seu próprio negócio”, se confundem com seus antigos patrões, com quem passam a ter uma relação puramente “comercial”. (GUERRA FILHO, 2000, p. 78)

O paradoxo está no silêncio, uma vez que sua razão de ser – a proteção aos débeis economicamente - não está sendo observada. Adverte Amauri César Alves:

Ora, se a matriz originária do Direito do Trabalho – fundada na subordinação jurídica clássica como elemento apto a determinar o ente a ser protegido por este ramo especial – **não mais consegue sustentar uma série de relações de trabalho dependentes de tutela, é necessário repensá-la**, sob pena de perda do sentido teleológico desta estrutura jurídica. [...] **É necessário que ele continue a proteger a parte hipossuficiente da relação, ainda que não haja subordinação clássica.** (ALVES, 2004, p. 82, grifo nosso)

Arion Sayão relata o paradoxo que a subordinação causa:

A subordinação jurídica do trabalhador vem sendo ultimamente questionada como suporta da aplicação das normas trabalhistas porque, entre outras razões, produz um paradoxo: fundamenta a exclusão de trabalhadores situados em posição social de carência econômica (como autônomos e parassubordinados), enquanto enseja a concessão de benefícios trabalhistas a quem deles, rigorosamente, não necessita, como dirigentes de empresa desde que formalmente tidos como empregados (ROMITA, 2005, p. 139.)

Lembra Pinho Pedreira (2001, p. 10) que a interpretação dos tribunais trabalhistas tem restringido a dependência à subordinação. A caracterização da dependência do texto celetista como subordinação jurídica foi criação (ou, contemporaneamente, uma limitação) advinda da doutrina trabalhista, com ampla base jurisprudencial. Isto é, é produto da interpretação jurídica, que, por ser histórica, poderá ser refeita, ou mesmo, desfeita. Ilustrativo desta criação (ou redução) é a fala de Maurício Godinho Delgado:

[...] considera-se que a **intenção da lei é se referir a idéia de subordinação jurídica quando utiliza o verbete *dependência*** da definição celetista de empregado. Para o consistente operador jurídico **onde a CLT escreve ... sob dependência deste deve-se interpretar “mediante subordinação”** (caput do art 3º do diploma consolidado). (DELGADO, 2005, p. 303, grifo nosso).

Hodiernamente, tal exegese, tida como pacífica, depara-se com um conjunto de realidades complexas, heterogêneas e difusas, colocando-a em letargia. O entendimento pacífico do intérprete sobre o que seja dependência conduz a ignorância e passividade perante as novas relações de trabalho arreadas à subordinação jurídica, mas impregnadas de dependência do trabalhador. Consta-se uma sonolência mordida interpretativa frente a declínio do emprego e ascensão das novas relações de trabalho.

A redução interpretativa da idéia de dependência à subordinação jurídica foi apontada por Gino Giugni (*apud* SILVA) como uma distorção:

Essa distorção dos princípios originários teve seu veículo na escolha do conceito de subordinação como critério de identificação da relação de emprego e na sucessiva aceitação dele (que, recorde-se é de emprego universal), por parte da dogmática jurídica, sobretudo italiana, como pressuposto aplicativo do normaço protetora, independentemente da condição real dos destinatários. (SILVA, 2001, p. 175).

Ora, a crise delineada conduz à superação, para a identificação de um novo critério para aplicação do Direito do Trabalho. Neste caminho, é primordial problematizar as antigas e dogmáticas dicotomias. Cumpre superar a dicotomia estanque e inócua entre a faceta subjetiva (dependência pessoal) e a objetiva (dever de obediência) do trabalho subordinado. Saliente-se que a relação de autonomia *versus* subordinação não é distanciada. Ao contrário, estes conceitos estão mais próximos do que separados. Com efeito, o trabalhador autônomo, ao ajustar uma prestação, subordina-se quanto ao resultado (subordinação relativa), enquanto que, no pacto de emprego, a subordinação é totalizante, ao englobar o resultado e o modo de fazer (subordinação absoluta)<sup>33</sup>.

Há que se fortalecer também dilatações dos critérios já existentes ou mesmo entendimentos ampliativos. Neste sentido, a atuação centrípeta do conceito de subordinação pugnado por Martins Catharino (1982, p. 154) aludia a contemporânea necessidade de dilatação da proteção. “[...] a elasticidade do conceito de subordinação atua de maneira centrípeta, atraindo para o centro da disciplina trabalhadores que não são empregados em sentido estrito ou cabal.” (CATHARINO, 1982, p. 154).

Havendo proximidade entre os conceitos, há terreno para se construir uma superação sintética e contemporânea, compromissária da ontologia original juslaboral. A

---

<sup>33</sup> Esta é a lição de Rodrigues Pinto: “o grau de subordinação é relativo [no trabalho autônomo], posto que não se dirige para a energia, mas somente para o fim em que será aplicada, conservando o prestador total autonomia, quanto aos meios da execução contratual.” (PINTO, J, 2005, p. 118)

superação conduz a uma concepção mais unitária, posto que a postura objetiva e a subjetiva tratam do mesmo fenômeno do trabalho por conta alheia pessoal e dependente. Tal superação indica uma síntese dos critérios anteriores e, mesmo correndo-se o risco do erro, torna-se imperioso o resgate da dependência social, considerada como uma combinação entre a subordinação jurídica e dependência econômica.

Francesco Santoro-Passarelli, no Direito Italiano, propunha configurar o vínculo empregatício mediante uma relação sucessiva entre estes critérios. Inicialmente, havia de se buscar a subordinação jurídica e, na falta desta, perquiria-se acerca da dependência econômica.

A pessoa do trabalhador fica vinculada ao trabalho que realiza para outrem pela sua subordinação ao empresário e sua admissão na empresa ou pela dependência econômica em que o trabalhador e sua família se encontram, relativamente à remuneração, que é seu único meio de sustento. (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 1).

Ganha força a composição do critério dependência econômica com a subordinação jurídica no ordenamento nacional. Isto porque, ao dispor sobre *dependência* sem adjetivo, a determinação do seu sentido caberá ao interprete, mediante a integração, conforme emana o artigo oitavo da CLT. Sendo dependência o conceito legal, irrelevante será o adjetivo atribuído pela interpretação, desde que a dependência confirme a existência da relação de emprego. O argentino Ernesto Krotoschin assim sugeria:

Em realidade, estas duas classes principais de dependência – jurídica e econômica – *devem se reunir-se* na pessoa qualificada de trabalhador no sentido do Direito do Trabalho. Ambos os conceitos, contudo, hão de ser entendidos em sentido especial, como se verá em seguida, de maneira que parece preferível falar da *dependência jurídica-pessoal* por um lado, e de *trabalho por conta alheia*, por outro. (*apud* CATHARINO, 1982, p. 209).

Desta forma, a acepção dependência vincula-se a hipossuficiência. Acrescente-se que o sentido desta *dependência* é, de forma determinante, influenciada pela história que, no caso do Direito do Trabalho, conduz o sentido de que a necessidade dos trabalhadores de sobrevivência obriga-os a vender sua força de trabalho, em uma relação de exploração, caracterizando-os dependentes em relação ao tomador do seu serviço.

Com efeito, o dispositivo legal da CLT não traz nenhum adjetivo ao termo *dependência*, sugerindo uma significação ampla, a qual não deve a doutrina limitar em teorias adjetivadas.

Propositadamente ou não, o legislador, parco no particular, favoreceu o que chamamos de movimento centrípeto, autorizando, implicitamente, se tenha como empregado todo e qualquer trabalhador que esteja “sob a dependência” de outrem (empregador – art 2º da CLT), seja qual for o tipo ou a espécie de dependência. Assim, o interprete pode (ver CLT, art 442) ser instrumento eficaz de uma política salarial extensiva, sem incorrer em centrifugismo. Havendo trabalho remunerado dependente, quem se dispõe a prestá-lo empregado é. (CATHARINO, 1982, p.164).

Esta conjugação de dependência econômica com a subordinação jurídica opera numa ordem cronológica na aplicação da proteção trabalhista: inicialmente, busca-se a subordinação, sendo esta impossibilitada, recorre-se a dependência econômica. Esta é a argumentação de Martins Catharino. “[...] quando a subordinação chega próxima a zero vale-se da insuficiência econômica do trabalhador para considerá-lo como empregado, ou a ele equiparado” (CATHARINO, 1982, p. 213).

Numa linha análoga, Giancarlo Perone em *Lineamenti di diritto Del lavoro*, em 1999, sustenta um Direito do Trabalho sem adjetivos. Prega a transformação do “trabalho subordinado para o trabalho centralizado não só na subordinação mas sobre a conexão funcional, continuativa e pessoal para uma organização como contraparte” (*apud* NASCIMENTO, 2004, p. 413). Nesta proposta, o grau de tutela haveria de ser proporcional ao grau de inserção na atividade produtiva, apesar de ser patente a dificuldade na extensão dos direitos ou mesmo da definição da proporcionalidade desta tutela.

Vale transcrever o Código do Trabalho português, aprovado em 2003, que contém uma conceituação mais ampla e complexa da relação de emprego, minorando o conceito da subordinação jurídica. O artigo décimo da Lei 99/2003, ao definir o contrato de trabalho, formula a subordinação por meio da expressão “sob autoridade e direcção destas”, para adiante, no artigo 12º, presumir haver relação de emprego:

Artigo 12º. Presunção.

Presume-se que as partes celebram um contrato de trabalho sempre que, cumulativamente:

- a) **O prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa** do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob orientações deste;
- b) O trabalho seja realizado na empresa beneficiária da actividade ou em local por esta controlado, respeitado o horário previamente definido;
- c) O prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo dispendido na execução da actividade ou se encontre **numa situação de dependência econômica face ao beneficiário da actividade.**

- d) Os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da actividade.
- e) A prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias. (ALVES e GONÇALVES, 2003, p. 48).

A recente legislação portuguesa merece análise ao trazer o conceito clássico (direcção ou subordinação jurídica) conjugado com a possibilidade de configuração da relação de emprego, mediante presunção quando existentes cumulativamente os cinco requisitos descritos. Destaque-se o a reafirmação da dependência económica e da inserção na estrutura organizativa como critérios capazes de responder protetivamente a relações de trabalho pós-fordistas. No entanto, critica-se a exigência da cumulação dos cinco requisitos, diminuindo a moldura do emprego em Portugal e, por decorrência, limitando o expansionismo.

A definição de novos critérios de aplicação da protecção trabalhista somente poderá lograr êxito se consorciada com o repensar do princípio da protecção. Faz-se imprescindível (re)identificar o princípio da protecção no sistema jurídico brasileiro, no particular à luz da Constituição de 1988 e sob viés do papel dos princípios na contemporaneidade.

## **Capítulo IV – Crise do Princípio da Protecção.**

### **4.1. Prenúncio.**

Após a constatação de que a ontologia juslaboral é fundamentalmente protecionista, cumpre discorrer sobre como esta protecção se manifesta. Isto é, o presente capítulo incumbe-se de apresentar o princípio protetivo e suas principais manifestações no Direito do Trabalho. Todavia, o título do capítulo já adianta que este não se limita a narrar a formação, conceitos, os caracteres e limites do princípio da protecção, uma vez que o discurso conceitual serve como premissa para a exata compreensão do que se chama crise do princípio protetivo.

Ainda no preâmbulo deste capítulo, é mister resgatar a idéia central de que a tutela trabalhista é a consequência da aplicação da teoria da subordinação. Os trabalhadores que são protegidos são aqueles que o Direito do Trabalho identifica como trabalhadores subordinados (empregado e avulso), posto que o critério da subordinação jurídica é o principal instrumento para a aplicação da proteção laboral. Assim, a crise que acomete a subordinação repercute com a mesma intensidade na seara do princípio da proteção.

O capítulo tem roteiro linear. Inicialmente caracteriza a idéia de princípios ao discorrer sobre seu conceito, características e funções, numa abordagem clássica. O mesmo itinerário segue quando trata dos princípios do Direito do Trabalho, acrescido de algumas discussões especiais. Adiante, aborda o eixo central da presente pesquisa: o princípio da proteção, perpassando pelos seus três princípios consectários imediatos: *in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica. Apresentados os conceitos, adentra nos argumentos daqueles que colocam o princípio da proteção em xeque, com a devida réplica. Analisa, rapidamente, a experiência conciliatória em voga no continente europeu intitulada de flexibilidade e segurança (*flexicurity*), para, ao final, firmar uma conclusão que estabelece o pressuposto do capítulo seguinte: o repensar do princípio da proteção.

Antes, porém, impõe-se fazer um importante prenúncio, em outras palavras, duas advertências sérias. Neste capítulo, os princípios foram tratados através de uma visão clássica que lida superficialmente com os princípios constitucionais (primeira advertência) e nega a força normativa própria dos princípios (segunda advertência). Não se está omitindo estas duas questões indispensáveis para esta dissertação. Pelo contrário, estas duas questões são bases nucleares para uma visão contemporânea do princípio protetivo, e por esta razão, serão aventadas no capítulo que segue. Por ora, apresentar-se-á uma clássica visão dos princípios laborais e sua crise.

#### **4.2. Os Princípios no Direito.**

A etimologia do termo *princípio* expressa inúmeros sentidos, podendo-se focar em três mais concernentes ao Direito e à presente pesquisa. Os seus significados são: existência primeira de uma coisa; causa primeira ou raiz; proposição nuclear e fundamental.

(HOUAISS, 2001, p 2299). O substantivo estudado gera, além da pluralidade de significados, um verbo *principiar* que condiz com sua semântica originária e seu fundamento. O plano etimológico do termo compatibiliza-se com as definições jurídicas, adiante apresentadas.

Eduardo J. Couture traz a definição de princípio como “enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral” (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 30). Rodrigues Pinto conceitua: “os princípios gerais do Direito são idéias fundamentais que lhe dão forma e estrutura” (PINTO, J, 2003, p. 75).

Para o professor uruguaio Américo Plá Rodriguez, os princípios são conceituados como:

linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram diretamente ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 35).

Nesta direção, Francisco Meton Marques de Lima define os princípios como “verdades gerais, fundamentais e vinculantes, emanadas da consciência social, sobre a organização jurídica de uma comunidade, reconhecidas como normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade” [...]. (LIMA, 2005, p. 396).

Maurício Godinho Delgado define-os como “proposições gerais inferidas da cultura e ordenamento jurídicos que conforma a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito” (DELGADO, 2004, p. 14). O professor mineiro atribui aos princípios as funções induzidas e indutoras, uma vez que servem de base para a formação do sistema jurídico – induzindo o ordenamento – e, após isto, orientam-lhe informativamente, ou seja, operam com função informativa no manejo do sistema jurídico. (DELGADO, 2004, p. 14).

Esta noção de função induzida e indutora é compreendida melhor quando se analisa a formação do fenômeno jurídico. Divide-se esta formação em dois momentos: a fase pré-jurídica (de construção do Direito) e a fase jurídica (do Direito construído), segundo Delgado (2004, p. 15-22). Na fase pré-jurídica os princípios atuam fornecendo um rumo balizador da constituição do sistema jurídica, sendo “veios iluminadores à elaboração da regra jurídica” (DELGADO, 2004, p. 15).

Neste momento, ao orientar o prumo do ordenamento a ser levantado, os princípios configuram-se como alicerces ou fundações do edifício jurídico em construção. Situam-se na fundação, localizados abaixo (e implicitamente) da estrutura do edifício que se apresenta, agregando a solidez e a perenidade necessária à obra que se levanta. E a sua implicitude, ou a não visualização, é considerada pela doutrina como a atuação de fonte material do direito, e, nessa qualidade, não vincula os operadores jurídicos. “ [...] sabe-se que as principais fontes materiais do Direito situam-se fora do ordenamento jurídico” (DELGADO, 2004, p. 16), pois as fontes materiais limitam<sup>34</sup>-se a introduzir os substratos econômicos, políticos e sociais que compõe a massa que forma o alicerce, o princípio, sem contudo, integrar o próprio ordenamento.

Na segunda fase, o Direito construído incumbe aos princípios novas funções atinentes à aplicação e interpretação jurídica. Para que isso ocorra é preciso pressupor que “os princípios compõem o próprio direito posto, são elemento integrante do ordenamento jurídico” (DELGADO, 2004, p. 16). Isto significa que, mesmo não sendo explícitos, inclusive porque não positivados nos textos legais, os princípios são componentes indispensáveis a toda a ciência jurídica, que é definida corriqueiramente como conjunto de princípios, regras e institutos. De fato, a tríade (princípios, legislação e institutos) representa os elementos imprescindíveis para a autonomia de uma disciplina. Neste sentido aduz Amauri Mascaro Nascimento:

Os princípios estão no ordenamento jurídico como realidades encontradas em seu interior, caracterizando-se como valores que o Direito reconhece dos quais as regras jurídicas não podem afastar-se, para que possam cumprir adequadamente seus fins. (NASCIMENTO, 2002, p. 903).

A atuação dos princípios, na segunda fase, não se liga à finalidade de fundamentar (estabelecer bases e alicerce) o ordenamento jurídico, pois este já existe. Sua atuação dirige a aplicação e interpretação do direito, com vistas a manter a coerência do manejo do sistema jurídica em relação à sua fundação principiológica. Numa linguagem arquitetônica, trata-se de garantir o alinhamento do edifício jurídico em expansão com o alicerce (princípios) que lhe deu origem, impedindo que a utilização do prédio (aplicação e

---

<sup>34</sup> As idéias de limitação e não vinculação são impregnadas de um dogmatismo hermético e exacerbado do direito, que tende a ser superado, eis que o isolamento de uma disciplina científica – quando despreza ao não atribui vinculação às contribuições das demais ciências – há de ser superado por uma visão interdisciplinar do saber científico, que impescinde do diálogo de saberes.

interpretação) ocorra para além da diretriz do princípio, o que importaria sua ruína, por ausência de fundação, diga-se por ausência de princípio.

A par dos momentos da formação histórica dos princípios, cumpre tecer comentários acerca das suas funções. Reitere-se a ressalva de que, neste capítulo, tratar-se somente da clássica noção das funções dos princípios, omitindo-se intencionalmente a concepção contemporânea e em ascensão sobre a função normativa dos princípios. Classicamente, Federico de Castro (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 43) identificou três funções dos princípios na seara jurídica: função informadora; função normativa; função interpretativa.

A função informadora manifesta-se no momento pré-jurídico, constituindo as diretrizes que inspiram a formação do sistema jurídico. São diretrizes que irão orientar o legislador na criação das normas jurídicas. “Gelsi afirma que estão na base de toda a disciplina, que a inspiram (penetram no âmago), fundamentam (estabelecem a base) e explicam (indicam a *ratio legis*)” (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 43-44). Concretizam a idéia de alicerce, porque atuam na inexistência de sistema jurídico, na qualidade de seu pressuposto. Assim, a primeira função reside no momento de constituição do ordenamento jurídico, servindo de inspiração/orientação para o legislador legisle sobre a matéria nova.

A função normativa – segundo nomenclatura de Plá Rodriguez (2000, p. 44) – possui denominação mais apropriada, qual seja: função supletiva ou subsidiária. “Denominam-se princípios normativos supletórios, à medida que atuam como normas jurídicas em face dos casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica” (DELGADO, 2004, p. 18). Figura no âmbito da integração do direito, quando determina a aplicação do princípio na hipótese de inexistência de lei para a situação. Tratando de integração jurídica, exige um contexto de omissão legal e a recorrência a uma norma supletória, justificada pelo princípio do *non liquet*<sup>35</sup>. É a obrigação de decidir que elenca os princípios como normas que suplementam quando inexiste lei, por isso supletivas.

Há que se registrar que a função supletiva foi, diferente das demais funções, disposta expressamente no ordenamento jurídico nacional. A Lei de Introdução ao Código

---

<sup>35</sup> Tércio Ferraz (2001, p. 264) explica o princípio do *non liquet* como a obrigação do juiz de decidir mesmo perante a inexistência de lei, mediante utilização dos meios de integração do direito. Trata-se da “compulsoriedade de uma decisão”, que impede que o magistrado se negue a dizer o direito, estabelecendo uma dogmática positivista hermética e bitolada.

Civil em seu artigo quarto dispõe que, nos casos de omissão da lei, dar-se-á a sua integração com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito. Tal disposição fora também consagrada no Código de Processo Civil em seu artigo 126, com redação semelhante. A Consolidação das Leis do Trabalho, de igual modo, reconheceu expressamente a função supletiva dos princípios, consoante redação do seu artigo oitavo, que representa a consagração desta função no Direito Laboral<sup>36</sup>.

A terceira função, interpretativa, opera no momento do processo de subsunção da norma ao fato, objetivando a atuação dos princípios a fim de que o processo hermenêutico seja compatível com as premissas fundantes dos princípios. É que a atividade interpretativa é, em grande medida, ação criativa para os hermeneutas ou meio de desenvolvimento judicial do direito (LARENZ, 1997). Neste momento criativo, a diretriz principiológica deve ser seguida, sob pena de dissonância e, por consequência, fraqueza cervical, entre o resultado da interpretação e a direção pugnada pelos princípios.

A visão clássica – entendida como aquela prevalecente até a década de noventa do século passado e bem simbolizada por Américo Plá Rodriguez – negava peremptoriamente qualquer função normativa própria ou concorrente dos princípios, como se depreende da seguinte assertiva:

[...] se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados como fonte do direito. Nossa opinião é negativa.  
A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei. E essa função é exercida não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 47).

Percebe-se a evidente negativa da função normativa própria dos princípios, como contemporaneamente tem prevalecido. Sublinhe-se que Américo Plá Rodriguez somente reconhece a função normativa supletória em razão da opinião da doutrina e da disposição expressa em lei, mas não pelo fato desta atuação supletiva ser um caractere inerente aos princípios. Isto desvela, no seio do juslaboralismo, um descompasso hermenêutico incomensurável com o papel hodierno dos princípios e do constitucionalismo. Neste ponto,

---

<sup>36</sup> “Do modo como está, esse texto legal atribui aos princípios uma função integrativa. Os princípios serão aplicados à falta de disposições legais ou contratuais. Havendo uma norma jurídica para solucionar o caso concreto, esta é que deve ser aplicada. Os princípios atuam, com equidade e analogia, para que se complete o ordenamento jurídico em face das lacunas da lei” (NASCIMENTO, 2002, p. 903)

o consagrado professor uruguaio e sua obra mais clássica não se sintonizam com a hermenêutica contemporânea, ensejando a necessidade de superação.

Para uma compreensão mais aproximada dos princípios, impõe-se fazer a distinção entre princípios e regras. Em síntese grosseira, os princípios gozam de um grau mais alto de abstração do que as regras, porque seu manejo dirige-se à própria operação do sistema jurídica em abstrato, ao contrário das regras que se destinam a casos concretos. Além, os princípios instrumentalizam-se por meio da valoração, entendida como ponderação de axiologias, enquanto que as regras são obrigatórias e manejadas pela interpretação e subsunção, não aceitando objeção parcial, posto que as regras se aplicam ou não ao caso concreto, na expressão “tudo-ou-nada” de Ronald Dworkin (2002, p. 39), diferente dos princípios que serão valorados. Ressalve-se, todavia, a distinção feita funciona tão somente para a caracterização conceitual dos princípios, devendo ser retomado no próximo capítulo, notadamente quando se abordará as implicações da função normativa própria dos princípios.

Outra distinção segue com importância para a pesquisa, qual seja: a diferença entre princípio e direitos fundamentais. Há que se identificar a proximidade de tais institutos, em particular porque tratam de constituir premissas indispensáveis para uma disciplina jurídica. E justamente por essa proximidade, a distinção torna-se inescusável. A solução para a diferenciação transita pela verificação dos destinatários de seus institutos, posto que mesmo dispondo sobre temas correlatos e similares, tais disposições destinam-se a entes diferentes. Os princípios dirigem-se ao sistema jurídico, sendo eivado, por decorrência, de intensa abstração, enquanto que os direitos fundamentais são direcionados às pessoas, estipulando o que a dogmática denomina de direito subjetivo. Amauri Mascaro Nascimento complementa:

É possível, nesta altura, dizer que as funções reservadas para os princípios, embora próximas não se confundem com os direitos fundamentais, uma vez que aqueles, os princípios, têm como destinatário o Direito do Trabalho como um todo, enquanto que os direitos fundamentais têm como vetor o trabalhador ou um grupo de trabalhadores. Portanto, uns, os princípios são informadores do ordenamento jurídico, outros, os direitos fundamentais, são garantidores de liberdades ou de direitos dos quais a pessoa é titular, o que mostra que estamos diante de realidades diferentes. (NASCIMENTO, 2002, p.904).

Firmada as delimitações gerais dos princípios, seus caracteres, funções e distinções, a perquirição avança para lidar com os princípios do Direito do Trabalho.

### 4.3. Princípios do Direito do Trabalho.

Discorrer sobre os princípios do Direito do Trabalho pressupõe remeter-se ao marco histórico da afirmação do Direito Laboral como disciplina jurídica autônoma. Trata-se da criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, consoante artigo 427<sup>37</sup> do Tratado de Versalhes. A OIT surgiu com o objetivo de promover a universalização<sup>38</sup> da legislação protetiva do trabalho para além do continente europeu.

Destaque-se, no ato constitutivo da OIT, a máxima inspiradora do Direito do Trabalho: *o trabalho não pode ser tratado como mercadoria*. Esta diretriz eiva o juslaboralismo de um humanismo peculiar, eis que a regulação do trabalho importa na regulação do homem trabalhador (vide capítulo anterior, tópico ontologia). Em 1946, a OIT reformulou seus princípios alcançando uma competência maior a partir do documento que ficou conhecido como Declaração de Filadélfia (SUSSEKIND, 2000 a, p. 23), conferindo-lhe atuação nas questões do trabalho, seguridade social, meio ambiente do trabalho, educação do trabalhador, proteção das populações indígenas, reforma agrária, entre outras. Assim, além de manter a idéia que o trabalho não condiz com a regulação civilista das coisas (o trabalho não é mercadoria), a reformulação da constituição da OIT atribui-lhe a amplitude que envolve “normas sobre direitos humanos correlacionados com o trabalho” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 25).

Adiante, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>39</sup> dispõe uma pauta valorativa delineando princípios do Direito do Trabalho, com nítida atuação pré-

---

<sup>37</sup> “Art. 427 do Tratado de Versalhes, que caracterizou a autonomia científica do Direito do Trabalho orientou a ação do citado organismo internacional desde sua criação.” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 23).

<sup>38</sup> A idéia de universalização da legislação trabalhista não é exclusiva da OIT. Muito antes, a Assembléia Internacional dos Trabalhadores – Primeira Internacional – pleiteava uma legislação social internacional, em 1864. Em 1901, fora criada como o mesmo fim a Associação Internacional para Proteção Legal dos Trabalhadores, contudo na perspectiva de regular as relações de trabalho evitando que a concorrência capitalista residisse nas disposições protetivas do trabalho, como afirmava o Kaiser Guilherme II (1890), “não poderia melhorar as condições de trabalho dos seus operários sem celebrar acordos internacionais que permitissem aos produtos industrializados competir no mercado mundial” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 89).

<sup>39</sup> Artigo 23.

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

jurídica. Infere-se o reconhecimento do Direito do Trabalho como um direito humano de segunda geração, materializado mediante a intervenção (prestação positiva) legislativa com vistas assegurar a proteção ao trabalhador. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 surgiu para regulamentar os dispositivos atinentes aos direitos humanos fundamentais elencados na Declaração de 1948. Em 1996, firmou-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Costa Rica (artigos sexto e sétimo), que atribuiu ao Direito do Trabalho o instrumento de garantia de uma vida digna<sup>40</sup>. Todos estes documentos internacionais descuram a natureza do Direito do Trabalho de direito humano fundamental, e, principalmente, denotam manifestações, ainda que pré-jurídicas, dos princípios, especialmente atuando na função inspiradora-informadora. Após a compreensão desta fase pré-jurídica e dos valores e diretrizes internacionais, cabe a tarefa seguinte: delinear o conceito dos princípios na disciplina laboral.

Para Alfredo J. Ruprecht, os princípios do Direito do Trabalho “são, na realidade, diretrizes de orientação das normas de um Direito independentemente de qualquer outro e que, supletivamente, podem ter caráter interpretativo”. (RUPRECHT, 1995, p. 7).

É de se ressaltar que, apesar do notório reconhecimento da existência dos princípios de Direito do Trabalho, importantes manuais de Direito do Trabalho no Brasil não tratam especificamente dos princípios laborais, como os livros *Direito Social* (JUNIOR, 1980), *Instituições de Direito do Trabalho* (SUSSEKIND, 1981), *Compêndio de Direito do Trabalho* (CATHARINO, 1982), *Introdução ao Direito do Trabalho* (MORAES FILHO, 1991), *Direito do Trabalho* (MARANHÃO, 1987), *Curso de Direito do Trabalho* (SUSSEKIND, 2004), *Curso de Direito do Trabalho* (GOMES E GOTTSCHALK, 2005). As referidas obras tratam esporádica e dispersamente das regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável ou da condição mais benéfica nos capítulos de fontes, interpretação ou integração. Contudo, não enunciam expressamente o princípio da proteção, apesar de se extrair sua existência, a partir dos conceitos de fundamento, finalidade e ontologia.

---

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.” (2006).

<sup>40</sup> Artigo 6.º Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

Os princípios do Direito do Trabalho tendem ao amorfismo (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 56), visto que são subjacentes ou implícitos ao ordenamento jurídico. Destaca-se que a ausência de enunciação explícita não lhe retira sua importância ou minora sua função. Ao contrário, o Plá Rodriguez alega que a explicitação tem-lhes enfraquecido:

Curiosamente a experiência histórica universal ensina que a concreção na lei lhe tira fecundidade. Tem-se verificado que nos países onde não ocorreu uma configuração jurídico-positiva dos princípios do Direito do Trabalho, estes abriram caminho com maior pujança e decisão do que nos demais. A consagração através da lei cristaliza e, por isso mesmo, congela a função que esses princípios podem ter. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 56).

É esta indeterminação ou implicitude nas normas positivas que agrega fôlego aos princípios, na medida que são diretrizes gerais abertas, muito mais abertas à hermenêutica constitucional do que dispositivos fechados e limitados à literalidade expressa em diplomas legais. A abertura dos princípios, chamada pelo professor uruguaio de fecundidade<sup>41</sup>, impede sua enunciação nas normas positivas, coliga-se com a interdisciplinaridade, estabelecendo inter-relações, em sua origem, com a histórica e economia, como reconhece Plá Rodriguez: “Os princípios se apresentam como diretrizes eficazes que expressam a exigência do corpo social, ou melhor, derivam da consciência social de certos valores históricos, morais e sociais” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 58).

Cumprir registrar o debate entre G. Baycon e E. Botija relativamente à aplicabilidade dos princípios gerais do Direito quando confrontados com os princípios específicos do Direito do Trabalho (*apud* SILVA, 1999, p. 16). Botija sustentava que, havendo contrariedade entre os gerais e os específicos, não há como aplicar os primeiros, ante o critério da especialidade. Já Baycon assevera que, havendo expresse reconhecimento dos princípios gerais na lei ou costumes, estes prevalecem, em face do seu caráter genérico.

As compreensões contemporâneas do processo interpretativo, que solucionam tais conflitos entre princípios, dirigem-se a endossar a opinião de Botija. “O contrário seria negar a especificidade e a peculiaridade de cada ramo do direito e o caráter meramente supletivo ou subsidiário dos princípios gerais do direito” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 30).

---

<sup>41</sup> “Os princípios têm suficiente fecundidade e elasticidade, para não ficar presos à formulas legislativas concretas. Têm de possuir a devida maleabilidade para inspirar diferentes normas em função da diversidade de circunstâncias.” (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 80).

Adota-se, na doutrina brasileira, a posição de Botija, em razão da consagração do princípio da especialidade e do seu caráter tuitivo:

Concordamos com Perez Botija, pois a norma especial prevalece sobre a geral e mesmo deve acontecer com os princípios. Esta solução, aliás, possui o embasamento em nosso direito positivo. Efetivamente, o artigo 8º da CLT manda aplicar os “princípios e normas gerais do direito, principalmente do Direito do Trabalho”. (SILVA, 1999, p. 16-17).

Impõe-se, ainda, tratar os princípios especiais como princípios especiais do Direito do Trabalho (SILVA, 1999, p. 17), posto que a expressão afigura-se a mais adequada frente às demais. O adjetivo especial funciona como diferenciador em relação aqueles princípios do Direito do Trabalho que são aplicáveis a outras disciplinas, mas que são próprios da disciplina laboral, como princípio da razoabilidade, não-discriminação, boa-fé, função social do contrato e função social da empresa. Assim, a locução “princípios especiais do Direito do Trabalho” é atinente aos princípios próprios e exclusivos do juslaboralismo, tais como o princípio da proteção, irrenunciabilidade, primazia da realidade, isonomia salarial, entre outros.

Estes princípios especiais se incumbem de importante função no ramo laboral, pois são compromissários e, por isso, garantidores da proteção ao hipossuficiente, como registra Lyon Caen, nas palavras de Pinho Pedreira, pois “os princípios do Direito do Trabalho não só tendem a cobrir casos qualificáveis como vazio jurídico, mas também surgem e se desenvolvem para reajustar moldes jurídicos inadequados à proteção dos trabalhadores” (SILVA, 1999, p. 17)

A primeira enumeração dos princípios especiais nesta seara, ocorrida em Trieste, no ano de 1951, na 1ª Conferência Internacional de Direito do Trabalho, coube a Perez Botija, segundo Pinho Pedreira (1999, p. 20), individualizando os princípios da irrenunciabilidade, normas mais favorável e rendimento. Em 1948, Perez Lenéro indicou o princípio protetivo, da condição mais benéfica e da continuidade (*apud* SILVA, 2004). Mário de La Cueva (1965) foi o criador do princípio da primazia da realidade, qualificando o contrato de trabalho como contrato realidade (1965). Anos depois, Américo Plá Rodríguez elaborou a mais clássica obra principiológica da América Latina, indicando a variedade das denominações conferidas aos princípios do Direito do Trabalho:

Entre 14 autores que abordavam alguma enumeração de princípios, havia podido contar 25 princípios diferentes. O mais curioso é que nenhum autor

aceita mais de seis ou sete, havendo alguns só admitem dois ou três. Isto revela que, às vezes, se englobam vários em um só. Outras vezes se desdobra um em vários princípios diferentes. Alguns negam o que os outros enumeram. Outros se defrontam com concepções absolutamente diversas. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 25).

Apesar da enumeração múltipla, Plá Rodriguez concebe uma lista pequena com somente sete princípios para o ramo laboral. Todavia, ressalva que esta lista é inconclusa, não podendo ser tida como definitiva ou encerrada (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 61). São os princípios da proteção (com suas três regras, *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável), irrenunciabilidade, continuidade da relação de emprego, primazia da realidade, razoabilidade, boa-fé e não-discriminação.

Por outro lado, Pinho Pedreira elenca nove principais princípios como especiais do Direito do Trabalho. São eles o princípio da proteção, o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da condição mais benéfica, o princípio da norma mais favorável, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da igualdade, o princípio da razoabilidade e o princípio da primazia da realidade.

Cumprir registrar o pensamento de Francisco Meton Marques que atribui ao princípio da proteção o papel de executor do princípio da progressão social, entendido como:

Progresso significa marcha para frente; avanço; movimento para a perfeição; desenvolvimento. Progressão social adjudica necessariamente a melhoria do IDH da população, a vontade constante e perpétua de conseguir avanço intelectual, material e social das pessoas, enfim, melhor qualidade de vida. (LIMA, 2005, p. 396).

O fundamento deste princípio é diretamente o texto constitucional vigente, notadamente o artigo terceiro, incisos segundo e terceiro; o artigo sétimo, *caput*, ao pregar a melhoria da condição social do trabalhador; o artigo 193 que impõe o primado do trabalho e da justiça social na ordem econômica. Ademais, há esteio, ainda, para vislumbrar o princípio referido no Código Civil e seus dispositivos sobre a função social da propriedade e do contrato. Portanto, o princípio da progressão social configura-se, de fato, compromissário da realização da justiça social, e por isto, almeja o mesmo fim que pretende o princípio da proteção.

É importante salientar que o professor baiano confere a qualidade de princípios aos preceitos de *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável,

quando a maioria da doutrina trabalhista lhes atribui a qualidade de regra de aplicação do princípio da proteção. Independentemente da sua qualidade de regra ou princípio, o entrelaçamento destes preceitos com o princípio da proteção é indiscutível, o que conduz a presente pesquisa a tratar do princípio maior e suas manifestações ou princípios derivados.

#### **4.4. Princípio da Proteção.**

Considerado, por muitos, como a razão de ser do Direito do Trabalho, eis que sintetiza a ontologia juslaboral, conferindo-lhe a distinção peculiar de ramo novo e autônomo do direito, como se infere da sua gênese:

Nasceu da necessidade de se transformar a liberdade e igualdade formais nas relações de trabalho entre empregados e empregadores em liberdade e igualdade reais, o que se tornou possível mediante a técnica de contrabalançar a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, em outras palavras, com proteção legal. (SILVA; 2004, p. 94)

O princípio tuitivo é, para Plá Rodriguez (2000, p. 83), o critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho. Explica o professor uruguaio que seu objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com os mais fracos. Nisto, revela o compromisso desta disciplina jurídica com a igualdade substancial<sup>42</sup>.

A definição do mandamento em comento articula-se como “aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entres os sujeitos das relações jurídicas de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores” (SILVA, 1999, p. 29).

O *nomem júrís* do princípio estudado foi consagrado pela doutrina como princípio da proteção, embora outras denominações lhe fossem atribuídas, como princípio a favor, princípio tutelar, princípio tuitivo, princípio *pro operario* e princípio da norma mais favorável. A abundância das nomenclaturas não resistiu à consolidação do nome que intitula

---

<sup>42</sup> “Enquanto que no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”. (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 83)

a presente pesquisa. A expressão acolhida, e consolidada na doutrina, revela-se a mais fidedigna e sintética para seu significado.

Pinho Pedreira relaciona como fundamentos do princípio da proteção a subordinação jurídica – instituidora de uma hierarquia e conseqüente da heterodireção – e a dependência econômica, pois a aceitação da subordinação decorre da necessidade inafastável de sobreviver conjugada com ausência da detenção dos meios de produção, produzindo uma dependência do trabalhador em relação ao seu salário (meio de sobrevivência), e, por esta razão, dependência econômica. A condição pessoal do trabalho, que é indissociável do trabalhador, transpassa a regulação das relações de trabalho para regulação da própria condição humana.

Ao lado dos dois fundamentos citados, persiste a ignorância do trabalhador acerca do seu regime contratual, notadamente no tocante aos seus direitos e garantias. Todos esses fundamentos conformam, na relação de trabalho humana, um perfil notoriamente distinto das contratualidades ordinárias do Direito Civil (direitos pessoais, obrigacionais e reais), pois a base fática da realidade laboral assenta-se na desigualdade dos contratantes.

A perquirição acerca da fundamentação do princípio é indispensável para compreender seu intento, e, em particular, para o acúmulo necessário ao seu repensar. Plá Rodriguez considera que seu fundamento encontra-se na própria essência do Direito do Trabalho, isto é, em sua ontologia. A postura protecionista para com os trabalhadores vem sendo a vocação do Direito Laboral, que responde interventivamente, de modo tutelar, na ficção da igualdade entre as partes, na seara do trabalho. A desigualdade conseqüente do desequilíbrio econômico impele um sistema jurídico que a combata, prezando por uma igualdade material e real.

Hueck e Nipperdey (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 88) identificam a necessidade de proteção na relação de dependência do trabalhador para com o contratante. Isto designa o Direito do Trabalho como primordialmente protetivo e, nisto, peculiar, em razão da necessidade especial de proteção que compreende dois fundamentos:

- 1) o sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador.
- 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê na obrigação a isso para obtenção dos seus meios de vida. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 88)

Na mesma perspectiva, Aldacy Rachid Coutinho identifica a circunstância fática que delinea a hipossuficiência. “A condição econômica do trabalhador que, por não ser possuidor de capital, somente teria à sua disposição a sua força de trabalho, o impele para uma condição desigual na revelação da contratualidade.” (COUTINHO, 2001, p. 5).

Assim, a proteção advinda do Direito Laboral se faz compromissária da dignidade, como se infere:

Já passou o tempo em que o trabalho era uma mercadoria e o trabalhador uma ferramenta a mais. Sua dignidade como ser humano lhe deve ser amplamente reconhecida e uma das formas efetivas de o fazer é criando desigualdades em seu favor, para compensar as que influem contra ele, protegendo-o contra o possível abuso patronal. (RUPRECHT, 1995, p. 11).

No ordenamento nacional, o artigo sétimo da Constituição dá azo, em seu *caput*, ao princípio da proteção, eis que relaciona uma série de direitos fundamentais nos seus 34 incisos, que poderão ser acrescentados de outros, heterônomos ou autônomos, desde que visem a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Este é seu texto literal: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 2005).

A enumeração dos princípios, para Plá Rodriguez, como visto, elenca as manifestações de *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável com o caractere de regra. Isto porque, segundo o autor em comentário, não convém desdobrar um princípio em uma série de regras, sob pena da perda da harmonia<sup>43</sup> e organicidade que têm tais diretrizes com o princípio da proteção.

Não obstante a idéia de harmonia, outros autores, a exemplo de Pinho Pedreira, atribuí-lhes a qualidade de princípios. Ensina Pinho Pedreira que a materialização do princípio da proteção se dá através do que ele chama de “técnicas de proteção” (SILVA, 1999, p. 30). Tais técnicas são três: intervenção estatal; negociação coletiva; autotutela.

A legislação constitucional e a infraconstitucional trabalhista são confirmações da intervenção estatal nas relações privadas de trabalho. Nestes diplomas, são estabelecidas obrigações e direitos mínimos para as relações laborais, com os atributos de imperatividade e inderrogabilidade. A intervenção do Estado nas relações particulares ocorre para coibir os

---

<sup>43</sup> “Entendemos que, sem prejuízo do reconhecimento da importância da distinção e da exatidão das observações quanto aos perfis assinalados, não há razões para desvincular e decompor uma série de regras que têm raiz comum e que, no conjunto, formam um todo harmônico.” (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 99).

excessos exploratórios decorrentes de relações desiguais fática e economicamente. Apesar do enfraquecimento da autonomia privada, a intervenção é indispensável para acalantar justiça, como dizia Lacordaire “entre o forte e o fraco, entre o pobre e o rico, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”(apud SUSSEKIND, 1981, p. 32).

Ultrapassado o plano individual da intervenção estatal, as relações coletivas de trabalho são pautadas pelo exercício da autonomia privada coletiva, que se apresenta como segunda técnica protetiva. Isto porque as normas autônomas, sendo negociadas num ambiente de liberdade sindical e sindicatos representativos, representarão uma regulação, no âmbito da categoria representada, mais benéfica e superior<sup>44</sup> do que os mínimos dispositivos legais. A força e a capacidade organizativa produzirão avanços no sentido tuitivo, à margem da atuação estatal, e ajustada à realidade local da empresa.

A autotutela, sendo a defesa direta pelo lesionado do seu interesse, é técnica protetiva nos casos de greve ou direito de resistência. O reconhecimento excepcionalíssimo do ordenamento jurídico, que tem o monopólio da resolução dos conflitos, da possibilidade de solução deste pelo exercício da força de um dos litigantes, só se justifica porque visa a autodefesa uma resposta a uma agressão gravíssima, normalmente imposta ao hipossuficiente, seja pela reação coletiva ou pela resistência individual.

Os Tribunais Regionais do Trabalho têm invocado o princípio da proteção especialmente para fundamentar a tese da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, consagrada na Súmula número 331 do TST. O Tribunal Regional da Bahia (5ª Região) tem adotado com insistência o princípio estudado como fundamento nos casos de responsabilidade subsidiária<sup>45</sup>. Tem, de igual modo, invocado o princípio da proteção para fundamentar a obrigação de pagamento do adicional noturno na prorrogação da jornada

---

<sup>44</sup> Ressalte-se que o sentido pretendido depende necessariamente de sindicatos fortes, representativos e combativos, sob pena de se ter, por meio da autonomia privada coletiva, um processo negocial *in pejus* de condições de trabalho, com arrimo no poder flexibilizatório disposto na Constituição (art 7º, VI, XIII e XIV), como tem ocorrido no Brasil.

<sup>45</sup> ACÓRDÃO Nº 4.184/04. 4ª. TURMA. RECURSO ORDINÁRIO Nº 00152-2003-463-05-00-1 RO Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A. Recorridos: RAIMUNDO NONATO DA SILVA, CLAUDIONOR SOUZA VIEIRA, SISTEMA ENGENHARIA LTDA. Relatora: Juíza NÉLIA NEVES EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS- RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - A responsabilidade subsidiária tem amparo no princípio da proteção ao trabalhador e, ainda, na culpa "in vigilando" e "in eligendo" do tomador do serviço, que tem o dever de zelar pela observância dos direitos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para prestação de serviços (TRT 5ª, 2005).

noturna para a diurna (labor continuado depois das cinco horas da manhã)<sup>46</sup> e em matéria de interpretação do local da prestação de serviços<sup>47</sup>.

Mister analisar os princípios consecutórios (ou regras) *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável, para, então, compreender o significado o princípio da proteção.

#### **4.5. Princípio *in dubio pro operário*.**

Conceituada como “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador.”(PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107). Ou, para Alfredo Ruprecht, “significa que uma mesma norma, quando susceptível de diversas interpretações, deve ser aplicada a que mais beneficia o trabalhador.” (RUPRECHT, 1995, p. 15).

A singularidade desta regra de interpretação consiste na inversão da diretriz geral do Direito Privado de favorecer o devedor quando da hipótese de dúvida interpretativa. No Direito Público, o réu, de igual modo, goza do benefício da interpretação ao seu favor nos

---

<sup>46</sup> “RR - 34653/2002-902-02-00 - Relator - GMLBC - DJ - 03/03/2006 - ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DE JORNADA NOTURNA. Se o obreiro permanece em serviço extraordinário após as cinco horas da manhã, ultrapassando a jornada noturna, reconhece-se tal período como se noturno fosse. Há que se atentar para a motivação da lei. A norma jurídica, nesse caso, visa à proteção do trabalhador que, laborando em horário noturno, tem um desgaste maior. Com muito mais razão deve-se proteger aquele que já exerceu as suas atividades durante todo o período noturno e ainda segue trabalhando. Incidência da Súmula nº 60 desta Corte superior: II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 2006).

<sup>47</sup> “CC - 144376/2004-000-00-00 - Relator - GMEMP - DJ - 03/03/2006 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO LOCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DA CONTRATACÃO. A competência para o dissídio individual trabalhista será a da localidade na qual o empregado tenha celebrado o contrato de trabalho ou prestado serviços, sendo uma faculdade do empregado ajuizar a ação em uma ou outra localidade. Entendimento inserto no artigo 651, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Na hipótese dos autos, após a resilição contratual o empregado teria voltado a se estabelecer em seu domicílio originário, o qual coincide com o local de celebração do contrato, sendo este, portanto, o Juízo competente para julgar o feito. Esse entendimento prestigia os princípios que norteiam o direito trabalhista, em especial o da proteção ao hipossuficiente, e leva em consideração a dinâmica do Processo do Trabalho. Conflito de competência julgado procedente.” (TST, 2006).

casos dúbios. A justificativa é de que o devedor ou réu situa-se, normalmente, num plano inferior em comparação com o credor ou acusador, produzindo uma desvantagem.

Nas relações de trabalho, a desvantagem reside, inversamente, no pólo ativo. É o trabalhador que é hipossuficiente, tendo na sua remuneração a sua condição de sobrevivência. A inversão da situação fática de vantagem e desvantagem reclama também a inversão da regra. Sua justificativa, assim, reside no sentido protecionista que conduz a inversão das regras *in dubio pro reo* ou *in dubio pro devedor*. Pinho Pedreira diz que

Se o Direito Privado aceita o princípio do *favor pro reo* é porque, na generalidade das relações civis ou comerciais, o devedor é mais débil e necessitado. Mas nas relações de trabalho ocorre exatamente o contrário, porquanto a generalidade dos casos o trabalhador, cuja situação em face do empregador constitui pressuposto básico do Direito do Trabalho, se apresenta como credor diante de seu empregador (devedor). (SILVA, 1999, p. 30)

A regra *in dubio pro operario* é explícita em alguns países como Uruguai, Argentina, Venezuela, El Salvador, Colômbia, México, República Dominicana (SILVA, 1999, p. 46). No ordenamento nacional, não está explícita, o que não afeta sua força, pois a implicitude ou amorfismo são características dos princípios.

Pinho Pedreira demonstra, mediante processo hermenêutico, a fundamentação da validade, no ordenamento brasileiro, do princípio *in dubio pro operario*:

O mandamento é a aplicação da tese de que a interpretação deve atender a sua justiça social, pois se o propósito de nosso estatuto é o trabalhador, a solução contrária constituiria um benefício ao capital, o que não está e nem pode estar nas finalidades do direito do trabalho; seria, por existir uma dúvida que equivale a uma igualdade de possibilidades ou de circunstâncias, outorgar uma preferência injustificável ao capital. (SILVA, 1999, p. 46-47).

Ressalva-se que tal regra de interpretação não opera absolutamente, mas sopesadamente sobre qualquer interpretação das normas trabalhistas autônomas e heterônomas. Há, adiante, necessidade delinear os contornos de utilização do princípio, ou seja, quais os limites de aplicação. A doutrina sugere diversos limites, embora se possa considerar dois limites pacíficos: a existência de dúvida e observância da *ratio legis* (SILVA, 1999, p. 49-50).

Reafirma Plá Rodriguez que as condições para utilização do princípio são a existência de dúvida e respeito à vontade do legislador. A primeira é condição, posto que

componente implícita, enquanto a segunda, apenas uma limitação à aplicação, materializando-se somente durante a utilização da regra e não como pressuposta desta.

A condição para aplicação do princípio é o contexto de *dubiedade* na norma a ser interpretada. O intérprete somente se valerá da orientação hermenêutica quando verificar, para a mesma norma, dois caminhos interpretativos possíveis. A dúvida é entendida com pluralidade interpretativa, desde que haja razoabilidade nos caminhos hermenêuticos. Constatada a pluralidade de interpretação, há que se prevalecer aquela mais favorável ao obreiro. No entanto, Plá Rodriguez adverte seus limites:

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quanto existe uma norma e unicamente para determiná-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer este procedimento para substituir o legislador ou muito menos para afastar-se o significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo algum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 111).

Vislumbrando-se várias interpretações, a dúvida (condição da regra *pro operario*) há ser patente, eis que a mera existência de outras interpretações divergentes não suprimir a necessidade de *dubiedade*. Este limite reforça a denominação de *in dubio pro operario* em detrimento de princípio *pro operario*.

A outra limitação tida como pacífica é a observância da *ratio legis*. Deve-se ater que a escolha da interpretação mais benéfica observará a racionalidade do sistema jurídico ou a sua moldura. Todavia, o sentido da lei ou racionalidade jurídica são conferidos pelo próprio intérprete, terminando por reduzir esta segunda limitação.

Outras limitações se apresentam, como a inaplicabilidade da regra para matéria de dúvida probatória. A aplicação é defendida por autores consagrados como Plá Rodriguez, Pinho Pedreira, Wagner Giglio, Carlos Bezerra Leite, dentre outros. Cumpre transcrever a enunciação do professor uruguaio:

A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou significado de uma prova. Não para suprimir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso. Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio justificam que se estendam à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos

dados ou obter certas informações ou documentos. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 115).

A defesa do princípio em matéria de prova é aventada por Alfredo Ruprecht, com a ressalva seguinte: “O princípio só é aplicável quando intervém dúvida sobre os alcances da prova; de maneira alguma pode ter andamento quando falta ou é insuficiente.” (RUPRECHT, 1995, p. 18). Todavia, hodiernamente a doutrina predominante (Rodrigues Pinto, Maurício Delgado, Sérgio Pinto, Arnaldo Sussekind) entende que o princípio *in dubio pro operario* não se em matéria probatória. Rodrigues Pinto sistematiza a restrição, “[...] não admite, a nosso ver, estendê-la até o campo da prova, no processo, o que redundaria num exagero e numa violação da regra processual autônoma de divisão dos *onus probandi*” (2005, p. 77). Além da violação ao ônus da prova, invoca-se uma colisão do princípio com a imparcialidade do julgador ou mesmo a “quebra da noção de justiça”<sup>48</sup>

Uma posição intrinsecamente protetiva replica os argumentos acima que negam a validade da regra *in dubio pro operario* em questão probatória. A justificativa da aplicação é a mesma do direito material. No processo do trabalho, o trabalhador continua sendo hipossuficiente além de estar normalmente desempregado, com o agravante de precisar conseguir testemunhas. No pólo oposto, o empregador não tem tais dificuldades, uma vez que normalmente este se vale de seus próprios empregados que depõe compromissadamente, mas ainda insertos no estado de submissão ou subordinação ao seu empregador. Portanto, os trabalhadores têm muitos mais dificuldade na instrução probatória do que os empregadores, seja na comprovação dos fatos ou apresentação de documentos. Trata-se de flagrante questão de aptidão para prova, tratada desigualmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A alegação de colisão entre tal aplicação da regra no processo do trabalho e a imparcialidade do Juiz pode ser rechaçada pela própria vocação protecionista do Direito do Trabalho, que compreende também o direito processual do trabalho e, por isso, dirige-o com a prevalência dos seus princípios, em especial o da proteção. Ainda é corrente exigir-se, em atenção a imparcialidade da judicatura, a prova empatada como pressuposto de aplicação do

---

<sup>48</sup> “Ora, o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho já conduz ao desequilíbrio inerente às suas regras jurídicas, a seus princípios e institutos [...]. Não se estende, contudo, obviamente, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à própria função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria justiça.” (DELGADO, 2004, p. 87)

princípio *in dubio pro operário*, como discorre Pinho Pedreira a partir de sua experiência na magistratura:

Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com “prova empatada”, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas no mesmo número e de credibilidade igual às apresentadas pela parte contrária e das testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldades com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida *pro operario* e foi sempre nesse sentido nosso pronunciamento. (SILVA, 1999, p. 58).

Apesar dos argumentos indicados, os Tribunais do Trabalho não têm, contemporaneamente, adotado este entendimento, delineando a crise do princípio da proteção. Veja-se, nas decisões abaixo transcritas, alusões, com críticas, ao princípio da *in dubio pro operario* em matéria de interpretação, contudo negando-o em questão de prova:

TRT-PR-04-03-2005 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO OPERARIO-ALCANCE-APLICAÇÃO. O princípio do In Dubio Pro Operario, corolário do Princípio da Proteção, aplica-se no âmbito de interpretação das normas de direito material do trabalho. No entanto, não tem aplicação no plano processual, onde as partes são tratadas sem qualquer distinção (à exceção das hipóteses legamente previstas). (TRT-PR-03736-2003-005-09-00-3-ACO-05409-2005, Relator: SERGIO MURILO RODRIGUES LEMOS, Publicado no DJPR em 04-03-2005). (TRT 8º, 2005).

TST - RR - 2554/2001-003-02-00 - DJ - 03/03/2006 - PROVA ORAL CINDIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO ARTIGO 131 DO CPC EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA. I - Malgrado o Regional bem se orientasse sobre **a inaplicabilidade do duvidoso princípio do in dubio pro operario, na hipótese de a prova oral se mostrar contraditória**, não se houve com acerto ao adotar a tese de que nessa circunstância impõe-se priorizar a aplicação das regras do ônus subjetivo da prova. [...]. Recurso provido.”(TST, 2006). (grifo nosso)

A aplicação desta regra nas normas dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho encerra discussões polêmicas. Nas normas autônomas, a regra incide, de igual modo, como assinala Plá Rodriguez:

É sabido que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva, atuando como o representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade protetiva, a aplicação deve efetuar-se com o intuito da proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida

em favor de quem deveria ser protegido. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 120).

O dissenso se justifica em razão do princípio da equivalência dos contratantes em matéria de direito coletivo, o que enxorta o componente da debilidade. Contudo, a noção de equivalência dos contratantes, além de não se materializar na realidade social brasileira em virtude do contexto de crise do Direito do Trabalho, limita-se apenas ao momento da elaboração da norma (negociação coletiva). Na oportunidade de sua interpretação, o que ocorre normalmente no conflito individual demarcado pela hipossuficiência, há que se, na dúvida, conferir interpretação mais favorável ao obreiro, tornando válida o princípio *in dubio pro operario* em matérias de normas autônomas.

Deve-se, ainda, consignar a opinião de Aldacy Rachid Coutinho que se distingue das demais, por conferir sentido muito mais amplo à regra em comento. Entende que a regra tem uma diretiva no processo hermenêutico:

A proteção é uma necessidade não após o processo hermenêutico, se vários sentidos possíveis forem revelados, mas antes até, como um valor acolhido previamente pelo operador. É uma diretiva prévia, para que a atribuição de sentido, o elemento valorativo seja o da tutela. Não apenas na dúvida. SEMPRE. (COUTINHO, 2001, p. 6).

A inclinação protecionista propugnada pela professora paranense sugere um resgate do potencial tuitivo advindo da regra. Na esteira tutelar, cumpre transpor a análise para o princípio coirmão do *in dubio pro operario*, chamado de princípio da norma mais benéfica.

#### **4.6. Princípio da norma mais favorável.**

A regra, também de interpretação jurídica, corolária do princípio da proteção coloca o problema hermenêutico<sup>49</sup> no plano das fontes do direito. Isto porque o Direito do

---

<sup>49</sup> Registre-se que Pinho Pedreira, citando Mario Cosmopolis, indica que o princípio analisado não é interpretativo, porque se trata de ato de seleção de normas. (SILVA, 1999, p. 66). No entanto, diverge-se, eis que a interpretação não se resume a conferir sentido a uma norma, mas compreende todo ato de conferência de contorno jurídico à relação fática, seja a uma norma ou a todo ordenamento jurídico, quando se tem que

Trabalho traz na sua índole um pluralismo em suas fontes, que englobam, na vertente autônoma, os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, Contratos Individuais, e, na vertente heterônoma, as leis e sentenças normativas. Neste emaranhado de normas, a prevalência do postulado da aplicação da norma hierarquicamente superior seria dissonante da proteção do hipossuficiente, eis que, na maioria das vezes, as normas autônomas são mais vantajosas do que as estatais, apesar da clarividente superioridade hierárquica das últimas.

A regra singulariza-se, pois sua função peculiar e precípua é confirmar a proteção, pela peculiaridade frente às técnicas comuns de interpretação, como alude Pinho Pedreira:

O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior. (SILVA, 1999, p. 65).

Partindo do contexto pluralista das fontes trabalhistas, o princípio da norma mais favorável consiste no procedimento interpretativo de opção pela norma mais vantajosa ao obreiro quando, para uma mesma situação, encontram-se vigentes mais de uma norma jurídica. Pinho Pedreira enuncia o conceito como “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador.” (SILVA, 1999, p. 65). Maurício Delgado esboça como

[...] no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2004, p. 85)

O manejo do princípio carece da ocorrência de pluralidade de normas e colisão entre estas. A pluralidade de normas aplicáveis indica que os dispositivos sejam vigentes e concretos, isto é, aplicáveis ao caso. Não se pode identificar concorrência de normas quando uma delas não é vigente ou aplicável, a simples constatação da pluralidade de fontes, desprovida dos atributos da aplicabilidade, não enseja a colisão. Devem ser, então, válidas, vigentes, aplicáveis para proporcionarem uma pluralidade conflitante.

---

selecionar as normas aplicáveis. Ademais, o procedimento de eleição da norma mais favorável é eminentemente um processo interpretativo de realização do direito ao caso concreto.

O TST vem acolhendo o princípio da norma mais benéfica, particularmente quando trata de reforçar os dispositivos mais favoráveis dispostos em norma coletiva. Outra situação clara de implementação da norma mais favorável é a inteligência do E. 362<sup>50</sup>, que estipula que a prescrição relativa às cobranças de depósitos de FGTS é a trintenária. É exemplo paradigmático da norma mais benéfica posto que, entre a prescrição quinquenal disposta no artigo sétimo inciso XXIX e a trintenária elencada na Lei 8036/90, artigo 23, § 4º, o princípio elege a norma hierarquicamente inferior porque mais favorável.

Tem-se como principal consequência da regra a supressão do comando geral de prevalência da norma hierarquicamente superior, que noutros ramos do direito seria aplicável na hipótese de colisão. É comum afirmar-se, em consideração a tal consequência, que o Direito do Trabalho possui uma hierarquia flexível e não pré-determinada, uma vez que a norma ápice será a mais benéfica. Plá Rodriguez sustenta que a regra produz a inversão da hierarquia. (2000, p. 115). Amauri Mascaro Nascimento conceitua o princípio como atinente à hierarquia: “É o princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador.” (NASCIMENTO, 2004, p. 349).

No entanto, o exame mais detido da questão demonstra que não se tem alteração nas hierarquias das normas, mas sim a eliminação do principal consectário desta que é a prevalência da norma superior. A Constituição sempre será hierarquicamente superior, segundo sua natureza de norma fundamental, independentemente das disposições que emanam, sejam de direito civil, trabalhista ou penal. Embora, na seara juslaboral, suas prescrições, mesmo que hierarquicamente superiores, somente serão aplicadas ou prevalecerão quando forem mais benéficas. É esta a lição de Mário Cosmópolis:

A regra da norma mais favorável não afeta a hierarquia das normas, mas a preleção de sua aplicação; não modifica a ordem rigorosa em que as normas se colocam e que tem sua cúspide na Constituição, mas que, com respeito a essa hierarquia e sem alterá-la, determina qual, em caso de coexistência e colisão de normas, deve ser aplicada no caso concreto, e esta é a mais proveitosa para o trabalhador. (*apud* SILVA, 1999, p. 70).

---

<sup>50</sup> FGTS. PRESCRIÇÃO - É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho. (TST, 2006).

Sendo o efeito somente na aplicação e não na hierarquia, não se pode atribuir ao processo de determinação da norma mais favorável a derrogação – no sentido da invalidade – da norma preterida. Tem-se apenas uma eleição pontual e momentânea para o caso em discussão, “[...] porque a subsunção do caso concreto à norma inferior mais favorável não derroga a norma superior menos favorável, que continua a reger as hipóteses para as quais não seja pertinente a primeira.”(SILVA, 1999, p. 72).

O caminho em busca na norma mais favorável torna-se tortuoso quando se depara com comparações entre normas especiais e gerais, ambas de natureza trabalhista. A tutela especial de certas categorias ou profissões decorre de suas condições singulares, a exemplo dos profissionais liberais e categorias profissionais diferenciadas. A singularidade do trabalho reclamou (e obteve) regulamentação protetiva especial à sua circunstância, que ora é mais benéfica, ora é pior do que os dispositivos gerais. Neste aparente conflito, o manejo adequado do princípio da especialidade retira a incidência das normas gerais, desconfigurando a condição essencial de pluralidade de normas, “pois a especificidade das condições de trabalho a que procura atender o estatuto profissional repele a aplicação da lei geral, mesmo se mais favorável ao trabalhador”. (SILVA, 1999, p. 73).

Outra tortuosidade está no caráter de ordem pública de algumas normas, cuja inderrogabilidade é absoluta<sup>51</sup>. Nestes termos, não há como derogá-las, posto que o interesse da sociedade – que atribuiu a natureza de absoluto – não pode ser subjugado para defesa de interesse de certos grupos sociais. Quando se trata das normas de ordem pública absoluta, não há como pretender invocar o princípio em debate, posto que o interesse geral da sociedade prepondera sobre os interesses de grupos sociais.

A última tortuosidade, e a mais polêmica, reside no método de determinação da norma mais favorável. Quanto ao processo de comparação, Plá Rodriguez acolhe a exposição de Paul Durand (2000, p. 127-128), que pode ser sintetizada nos seguintes comandos:

---

<sup>51</sup> Pinho Pedreira (1999, p. 74) classifica as normas trabalhistas em dois tipos. O primeiro denomina-se de normas de ordem pública relativa, que objetivam a proteção do trabalhador e por isso aceitam derrogações. O segundo seria aquelas de ordem pública absoluta, porque fixam interesse da sociedade como vedação da indexação salarial, medicina e segurança do trabalho, contribuições sociais, que não podem ser sucumbidas pelo interesse dos trabalhadores.

a) A comparação é do conteúdo das normas, não se levando em contas as conseqüências longínquas;

b) Deve-se considerar o benefício coletivo e não a vantagem individual;

c) A aferição da favorabilidade é objetiva e independente da manifestação de vontade os interessados.

d) A comparação se faz na concretude do sistema e não na abstração legal.

A comparação das normas enfrenta o principal problema quando se tem que eger de um parâmetro. Isto porque, as normas podem conter disposições, em parte, mais benéficas, e, em outras partes, mais prejudiciais, quando comparadas com outras normas. Esclareça-se que o debate em curso é peculiar ao âmbito trabalhista pela natureza de suas normas, que comportam internamente inúmeras disposições, tal como as normas autônomas nas suas dezenas e até centenas de cláusulas.

Trata-se, essencialmente, da medida de comparação, em outras palavras, do limite de fragmentação das normas para o procedimento da comparação. Os pólos extremados vão da impossibilidade (conglobamento) à cindibilidade atômica (acumulação).

A teoria do conglobamento propõe a comparação na globalidade das normas, isto é, a partir de sua unidade e sopesando, em cada uma, suas benesses e desvantagens ao obreiro. Pinho Pedreira relata que pela teoria do conglobamento “deve-se, ao comparar as fontes, verificar qual delas, em seu conjunto, é mais benéfica ao trabalhador, e preferi-la, excluindo totalmente de aplicação as outras, consideradas menos favoráveis em bloco” (SILVA, 1999, p. 82). Maurício Delgado explica que:

[...] não se fracionam os preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerado o universo temático; respeitada essa seleção, é referido o conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto mais favorável. (DELGADO, 2005, p. 182).

É justamente a eminência da comparação na globalidade que assegura a maior qualidade ao citado método, que é a preservação da harmonia e organicidade. É uma confrontação ampla, embora puramente orgânica, sem espaços para atuação assemelhada à uma criação legislativa a partir da interpretação. De outro lado, a amplitude leva a maior e mais severa objeção ao método: a comparação de normas heterogêneas. Ao tornar paralelas normas distintas, perde-se a unidade de comparação, pois, em uma mesma norma, uma parte

poderá ser mais benéfica e outra menos quando comparada à outra. Em alguns casos, a comparação torna-se inexequível, corroendo o método do conglobamento.

Antagonicamente ao método anterior, a teoria da acumulação se apresenta alternativamente para garantir o melhor sentido protetivo. Para tanto, impõe a escolha atômica dos dispositivos (ou cláusulas), individualmente considerados, dentre as normas em análise. Por seu procedimento individualizado recebe a denominação de método atomista e da acumulação. Para Maurício Delgado, a teoria funciona da seguinte forma:

A teoria da acumulação propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação. (DELGADO, 2005, p. 181).

Apesar de obter verdadeiramente a norma mais favorável, sendo esta sua maior qualidade, a teoria da acumulação peca ao destroçar a organicidade e harmonia interna. Este método comparativo incorre em, de fato, processo de criação legislativa decorrente da acumulação, porque a norma mais benéfica termina sendo a conjunção artificial de fragmentos de normas diferentes, num verdadeiro simulacro.

A partir das críticas anteriores, exsurge, por meio de uma superação, a teoria do conglobamento por institutos. É examinada por Pinho Pedreira que se refere a Mario Deveali:

O objeto da comparação não o constitui, pois, cada cláusula – e ainda menos uma parte da mesma – mas o conjunto das cláusulas que se referem a um mesmo instituto, como, por exemplo, o regime de enfermidade, de férias, de despedida, etc ... Cada instituto do Direito do Trabalho tem um regime unitário. (SILVA, 1999, p. 87).

Plá Rodriguez opta pelo conglobamento de institutos, pois “o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é integrada pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia.”(PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 131).

O debate sobre o método prossegue profícuo, com posições céticas e anti-sistêmicas, como a de Mario Cosmópolis<sup>52</sup> (*apud* SILVA, 1999, p. 89), conquanto haja a

---

<sup>52</sup> “Mario Pasco chegou à conclusão de que ‘a determinação da norma mais favorável deve ser feita casuisticamente e estar baseada na flexibilidade e na equidade.’” (SILVA, 1999, p. 89)

predominância da teoria do conglobamento por institutos. No Brasil, a discussão é incipiente, sendo pouco tratada (SILVA, 1999, p. 89). A partir da Lei 7064/82, que disciplina o trabalho dos técnicos brasileiros no exterior, o ordenamento jurídico laboral adotou expressamente o conglobamento por institutos, com arrimo no artigo terceiro da citada lei. A adoção reforça a tese e, como válida no exterior, pode ser invocada por analogia *legis*, com azo no artigo oitavo da CLT, para os demais conflitos trabalhistas.

Cumprido, todavia, afirmar que a teoria da acumulação persiste com vivacidade. Seu império adstringe-se nas comparações com as normas estatais. Nestes casos, o atomismo deve preponderar sobre o conglobamento, eis que as disposições legais representam tão somente um mínimo de regramento das relações de trabalho, inclusive em atenção ao princípio da irrenunciabilidade, salvo as exceções constitucionais flexibilizatórias.

#### **4.7. Princípio da condição mais benéfica.**

O professor Pinho Pedreira distingue bem a regra das anteriores ao caracterizá-la como decorrente de “sucessão normativa” (SILVA, 1999, p. 99). Na regra *in dubio pro operario*, tem-se uma única norma frente a uma pluralidade de interpretações. Na regra da norma mais favorável, a pluralidade aloca-se nas fontes, havendo mais uma norma vigente relativa ao caso concreto, que a colidem entre si. Enquanto que na regra da condição mais benéfica, há pluralidade de normas no processo de sobreposição temporal (sucessão). “Daí o entendimento de que o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal” (SILVA, 1999, p. 99).

A última regra distingue-se das primeiras porque se situa no plano fático, sendo o resultado da comparação de situações concretas e determinadas. A distinção torna-se difícil porque a situação concreta e determinada pode ser o resultado da aplicação de uma norma abstrata. Todavia, é factível sua diferenciação, principalmente porque deve haver pluralidade de situações fáticas e não de normas abstratas. Em verdade, pode-se ter o confronto de uma nova norma abstrata que intenta alterar a condição fática anterior decorrente de uma norma abstrata pretérita.

O conceito do princípio da condição mais benéfica pode ser extraído da definição de Plá Rodriguez. “A regra da condição mais benéfica, pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que Lei deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que nova norma aplicável.” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 131).

É salutar a definição de Ojeda Avilés conceituando-a como “a conservação das vantagens obtidas por aplicação de normas anteriores se mais benéficas e não contempladas pela norma substituinte.”(apud SILVA, 1999, p. 101). Para Maurício Delgado, “O princípio da condição mais benéfica importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido”. (DELGADO, 2004, p. 95).

O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente a regra da condição mais benéfica, com arrimo no direito adquirido, com fulcro no artigo quinto, inciso XXXVI, e sétimo *caput* da Constituição de 1988. A legislação infraconstitucional trabalhista instituiu a vedação das alterações contratuais lesivas por meio do artigo 468, o que representa a consequência do princípio da condição mais benéfica, conforme o dispositivo legal abaixo:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 2003).

Frise-se que o artigo citado da CLT proíbe, fulminando com nulidade, as alterações contratuais *in pejus*, confirmando o princípio como instrumento de efetivação de outro princípio, o da inalterabilidade contratual. No sentido mais fiel ao princípio da condição mais benéfica, o TST aprovou a súmula número 51<sup>53</sup> que, tratando das cláusulas provenientes de regulamentos de empresa, implementou o princípio da condição mais benéfica quando afirma que as alterações das cláusulas regulamentares *in pejus* não valem para os trabalhadores com contrato de trabalho em curso, em atenção à condição mais

---

<sup>53</sup> Nº 51            NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/73, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 - Inserida em 26.03.1999)

benéfica. A recente incorporação da Orientação Jurisprudencial – OJ 163, que acrescentou o inciso II, configure uma mitigação do princípio estudado, essencialmente porque sustentada na idéia de “opção” – liberdade do empregado – que, efetivamente, é minorado no trabalho subordinado e dependente. A regra continua a orientar das decisões do TST, conforme decisão abaixo:

AIRR - 1580/2002-921-21-40 Relator - JCCACM DJ - 20/08/2004. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. PROMOÇÃO PREVISTO EM NORMA INTERNA DA EMPRESA. REVOGAÇÃO POR NORMA SUPERVENIENTE. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXVI, DA CF/88. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. Não se vislumbra qualquer lesão a direito adquirido, ou seja, ao art. 5º, XXXVI, da CF/88. Ao contrário, a decisão justamente pretendeu salvaguardar o direito do reclamante a ser promovido, com base na norma em vigor na data de sua contratação, ainda que a mesma tenha sido revogada posteriormente através da edição de nova diretriz. A decisão do Regional está em consonância com **o princípio da condição mais benéfica, o qual informa que as condições mais vantajosas para o trabalhador, sejam concedidas unilateralmente pelo empregador ou convencionadas bilateralmente pelas partes, incorporam-se ao contrato de trabalho, não sofrendo quaisquer reflexos em virtude de cláusulas contratuais e/ou regulamentos empresariais que estabeleçam um nível de proteção inferior.** Inobstante, o julgado também se coaduna com o entendimento pacificado desta Corte, segundo o En. 51. Quanto à divergência jurisprudencial, a mesma não restou demonstrada, vez que a agravante colaciona acórdãos oriundos de turmas do C. TST ou do próprio regional, o que inviabiliza a revista, a teor do art. 896, a, da CLT, ou, ainda, acórdãos não que se prestam a demonstrar o dissenso, uma vez que não possuem a mesma moldura fática, tratando de matéria estranha à discussão travadas nestes autos. Incide, nesta hipótese, o En. 296 do C. TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, 2006, grifos nossos).

Cumpra perquirir como efeito da regra da condição mais benéfica à luz da ultratividade das normas coletivas. A ultratividade significa a produção de efeitos jurídicos de norma coletiva (autônoma) além do prazo determinado na CLT de dois anos (art. 614, § 3º). Para entendê-la, deve-se distinguir a natureza das cláusulas das normas coletivas em obrigacionais e normativas, conforme classificação<sup>54</sup> de Pinho Pedreira (1999, p. 109) e

---

<sup>54</sup> As cláusulas obrigacionais estipulam disposições atinentes exclusivamente às partes convenentes do instrumento, não dispondo preceitos para as categorias representadas, sendo expressão fidedigna de um contrato. As cláusulas normativas tratam de vantagens e condições de trabalho abstratamente para os sujeitos representados pelos convenentes, configurando-se como norma jurídica abstrata de origem contratual. Tal singularidade ensejou a simbólica afirmativa que a natureza jurídicas nas normas coletivas teria “corpo de contrato e alma de lei” de Francesco Carnelutti. (*apud* NASCIMENTO, 2004, p. 1112).

Arnaldo Sussekind (2005, p. 604-605). O efeito ultrativo da vigência somente ocorre nas cláusulas normativas, não incidindo nas cláusulas obrigacionais que encerram seus efeitos concomitantemente com seu prazo de vigência.

Há intensa conflitualidade na existência ou inexistência do efeito ultrativo das normas coletivas expiradas. Duas posições opostas se apresentam.

Em defesa do efeito ultrativo, Arnaldo Sussekind apresenta interpretação sistemática da CLT, conjugando a nulidade da disposição do contrato individual de trabalho que viola Convenção Coletiva (art. 619 da CLT) com a vedação da alteração contratual lesiva (art. 468 da CLT). Estes dispositivos impõem que, na cessação da vigência da norma coletiva, seus efeitos prossigam no contrato de trabalho, posto que lhes foram incorporados em observância ao direito adquirido e em respeito à regra da condição mais benéfica. Relata Pinho Pedreira (SILVA, 1999, p. 110-112), que Délio Maranhão, Victor Russomano, Segadas Viana, Antônio Lamarca, Orlando Teixeira, Martins Catharino e Pontes de Miranda acrescentando que “Embora com divergência de fundamentos, uma coisa é certa: concordam todos que a nova Constituição, no § 2º do art 114, consagrou a teoria da incorporação.”(SILVA, 1999, p. 113).

Antagonicamente, Sérgio Pinto Martins (2004), entre outros autores, sustenta a inexistência de ultratividade, com fundamento no princípio da autonomia privada coletiva. Argumenta que as cláusulas normativas, produtos da negociação firmada na autonomia privada coletiva, representam uma pactuação temporária, ao uma ajuste ao sabor do momento histórico, sem qualquer previsão de prorrogação para além do termo acertado. Nesta linha, a CLT limita a vigência da norma coletiva a dois anos, o que, seguem estes autores conferem dinamismo à negociação, o que não existência se houvesse o efeito ultrativo.

Socorrem-se, os defensores desta tese, na aplicação analógica da Súmula 277<sup>55</sup> do TST que estabelece que as disposições de sentença normativa somente vigerão no prazo assinalado. Esclareça-se que é este o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e de outros Tribunais Regionais, ressalvadas as divergências internas e minoritárias.

---

<sup>55</sup> SENTENÇA NORMATIVA. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Entretanto, no viés protecionista, a aplicação analógica do E. 277 para as normas coletivas autônomas é descabida, porque iguala fontes normativas que origens contrapostas. A sentença normativa é manifestação heterônoma do Estado através da Justiça do Trabalho (vontade de um terceiro), e, por essa razão, suas disposições normativas são totalmente desvinculadas da atuação coletiva, o que poderia justificar a não ultratividade. Já as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho são normas autônomas, provenientes da negociação coletiva, representando a vontade das partes signatárias. Em face desta origem oposta, não há como se aplicar entendimentos analógicos.

A expressão mais coerente do princípio da condição mais benéfica clama pela confirmação da ultratividade, até que norma autônoma posterior altere as condições estabelecidas pela anterior. Porém, tanto este como os demais princípios protetivos vêm sendo contestados atualmente, conformando o que se pode chamar de *crise da proteção*.

#### **4.8. Crise do Princípio da Proteção.**

As tendências liberalizantes, tidas como alternativas possíveis e eficazes de superar a Crise do Direito do Trabalho, sustentam a necessidade eminente da flexibilização, tida como um afrouxar da rigidez do Direito do Trabalho. Aldacy Rachid Coutinho introduz debate:

Muito se discutido sobre a estruturação normativa, numa tentativa de superação da intervenção acentuada, propugnando uma nova face, mais flexível, menos regulamentar. É a autonomia privada sendo restabelecida primordialmente pela perspectiva coletiva. (COUTINHO, 2001, p.5).

E neste intento, o centro teórico a ser vergado (flexibilizado) é o princípio da proteção. A ontologia tutelar, própria razão de ser do Direito do Trabalho, começa a ser colocada em xeque (ROMITA, 2003).

No tocante aos princípios consequentários do princípio da proteção, a crise também lhes assola. A negativa do princípio *in dubio pro operario* em matéria probatória simboliza uma guinada sinalizadora da contestação da orientação tuitiva. A Constituição aportou severa mitigação ao princípio da norma mais favorável quando atribuiu aos sindicatos obreiros o poder flexibilizatório sobre o salário e jornada. O princípio da condição

mais benéfica é minorando quando o TST nega o efeito ultrativo às normas coletivas ou mesmo quando admite a redução salarial do professor por redução de turmas, segundo inteligência da OJ 244 da SDI-I<sup>56</sup>, que implica na também violação<sup>57</sup> no princípio da irredutibilidade salarial.

Arion Sayão Romita formula questionamento fundamentado acerca do princípio da proteção, fazendo a cogitação que intitula sua obra: *O princípio da proteção em xeque* (2003). A primeira indagação pinçada refere-se a origem corporativa dos princípios, e por isso controladora e conservadora, assim posta:

Dito “princípio da proteção”, na realidade, não existe nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sóciopolíticos do ordenamento brasileiro. Em regime político autoritário e corporativista, não há como aceitar a tese de uma suposta proteção que o Estado dispensaria aos trabalhadores, o ordenamento corporativo, longe de proclamar o primado de qualquer dos fatores da produção, cuida de preservar, privilegiar e proteger os “interesses superiores da produção nacional”, tarefa que incumbe ao Estado. (ROMITA, 2003, p. 22).

A segunda indagação de Arion Romita problematiza a idéia de que o Direito Laboral protege. Defende o autor em comento que o papel inescusável do Direito é regulação e a ordenação das relações sociais:

Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária adoção de alguma providencia tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aqueles requisito. (ROMITA, 2003, p. 22).

A terceira objeção de Arion Romita situa-se no plano flexibilizatório concedido aos sindicatos para negociar *in pejus* o salário e a jornada de trabalho. Com estes dispositivos, entende que

[...] se antes de 1988 tivesse sido possível falar em “princípio da proteção”, depois da promulgação da vigente Constituição tal atitude tornou-se

---

<sup>56</sup> PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.01. A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

<sup>57</sup> A violação ocorre, apesar da manutenção do valor da hora-aula, posto que o professor ao lecionar em determinados números de turmas, insere sua subsistência em determinado padrão de vida e, a alteração do número de turma, com a conseqüente redução salarial proporcional, motivada por interesse empresarial, não pode piorar a condição de vida do trabalhador, em respeito ao artigo 468 da CLT e ao princípio da condição mais benéfica. Contesta-se a inspiração da OJ, eis que nem mesmo uma crise econômica na escola poderia justificar a redução salarial, sob de pena de ocorrer a transferência do risco do negócio para o empregado.

cientificamente insustentável, pois a proteção preconizada pela doutrina tradicional cede diante dos imperativos econômicos voltados para conservação do emprego. (ROMITA, 2003, p. 25).

Não obstante o professor fluminense tecer tais objeções, apresenta, adiante, aceção democrática da proteção, que supera suas próprias oposições, alocando a proteção, conquista da organização coletiva dos trabalhadores, num ambiente de real liberdade sindical:

A proteção dos trabalhadores representa uma conquista do Estado social e democrático de direito. A proteção visa à eliminação da desigualdade social e econômica entre o empregado e o empregador e a substituição da noção de igualdade meramente jurídica (formal) por uma igualdade material. (ROMITA, 2003, p. 30-31).

A proteção pugna acima guia-se pela ênfase à negociação coletiva, que seria situada no plano da liberdade sindical, a ser construída por uma reforma constitucional que eliminasse a unicidade sindical, a contribuição compulsória e outros institutos corporativos. O perfil proposto por Arion Romita, baseado na valorização da negociação coletiva, sugere a supremacia do negociado pelo legislado, ou seja, da supremacia das normas autônomas, ainda que piores do que as disposições legais (fim do princípio da norma mais favorável). Para isto, é preciso uma liberdade sindical “que infelizmente ainda não foi implantado no Brasil. Sim, porque ele [princípio da liberdade sindical] dá ênfase à negociação coletiva das condições de trabalho, sempre que os interlocutores sociais mostrem descontentamento com a legislação vigente.” (ROMITA, 2003, p. 34-35).

Entende, assim, que as relações laborais deveriam ser disciplinadas pelas relações coletivas, que sempre prevaleceriam sobre os diplomas legais, ainda que estipuladas condições normativas inferiores do que as legais. Romita conjectura a proposta do “negociado sobre o legislado”<sup>58</sup> como um fomento à negociação coletiva, pois almeja “dar atuação prática que a Constituição confere ao instituto da negociação coletiva.” (ROMITA, 2003, p. 35).

Conclui Arion Romita que a conversão em lei do projeto 131 iria tão somente promover três mudanças no plano da negociação que já ocorre (ROMITA, 2003, p. 36-37-38). Primeiro, deixaria de ser na Justiça do Trabalho, nas conciliações individuais quando se

---

<sup>58</sup> O Projeto de Lei 131/2001 alterava o artigo 618 da CLT, para instituir a prevalência do negociado sobre o legislado. O Projeto, mesmo aprovado na Câmara dos Deputados, foi arquivado quando tramitava no Senado Federal por determinação do Presidente Lula.

transige direitos que, na empresa, seriam indisponíveis e irrenunciáveis. Segundo, as negociações de caráter individual seriam transpostas para o plano coletivo. Terceiro, poder-se-ia negociar diretamente no curso do contrato de trabalho, ante a força coletiva, o que não ocorre na prática, o trabalhador individualmente teme acionar judicialmente seu empregador em atenção à preservação do emprego.

Otávio Augusto Reis de Souza, sob influxo liberalizante, diagnostica a crise do princípio da proteção:

O princípio da flexibilização deriva do reconhecimento de que a forma heterônoma de proteção se mostrou insuficiente e muitas vezes inadequada. A rigidez da legislação laboral conspira muitas vezes contra os que pretende proteger. (SOUZA, 2002, p. 62).

Adiante, defende o sepultamento do princípio tutelar:

A conclusão inexpugnável de tão vultuosas alterações no mundo hodierno pode ser sintetizada em algumas posições. Percebe-se claramente que os princípios clássicos do Direito Laboral, máxime o da proteção, encontram-se em construção primeira, inadequados a uma nova realidade de um Direito já formado, autônomo e com um vasto aparato de normas protetivas. (SOUZA, 2002, p. 63).

Após o xeque no princípio da proteção ou o discurso do seu sepultamento, impõe-se rebater tais argumentos liberais.

Não procede hodiernamente o questionamento da origem autoritária e corporativista do juslaboralismo. Os sistemas corporativos não foram os primeiros sistemas de proteção trabalhista. No tópico gênese, do capítulo anterior, demonstrou-se, nos primórdios, que as normas protetoras decorreram da árdua conquista dos trabalhadores organizados e conscientes de sua situação de exploração. A questão social, inspiradora do Direito do Trabalho, é muito anterior aos modelos corporativos. De outro modo, a relação entre corporativismo e protecionismo representou uma resposta totalizante à proteção que surgia autônoma e emancipatória da força da atuação coletiva dos trabalhadores. Ademais, os ordenamentos laborais totalitários não podem sequer ser chamados de protetivos, eis que além do controle individual do trabalhador aniquilam a sua organização coletiva, mediante seu atrelamento ao Estado.

O caráter regulatório indicado por Arion Romita (2003), no sentido conservador, restringe-se à seara civilista. A idéia de igualdade material consorciada com a desigualdade real há muito tempo demonstrou a falácia deste direito regulador e neutro, patrimonialista e

individualista. Socorrer-se com esta tese, equivale a conceber o Direito contemporâneo de maneira (ultra)passada, sequer acolhida pela atual Teoria Geral do Direito Civil, que prestigia a igualdade substancial, os direitos personalíssimos e que, principalmente, tem sido sufragada pelo movimento de constitucionalização do direito privado (TEPEDINO, 2004)<sup>59</sup>.

As “mudanças da negociação” aludidas por Arion Romita (2003) desvelam um pragmatismo compromissado com a flexibilização sem limites, porque são, efetivamente, aprimoramentos da eliminação dos princípios da proteção (norma mais benéfica e condição mais favorável) e da irrenunciabilidade. À luz dos anseios de justiça social, que Arion Romita (2003) reconhece, não se deve tornar (ainda mais) eficientes os meios de piora das condições de trabalho.

As conciliações judiciais que negam o atributo da irrenunciabilidade das normas trabalhistas são realizadas num contexto desequilibrado que reafirma a necessidade de proteção. É que, quando ocorrem, o trabalhador encontra-se, normalmente, em eminente necessidade de obter o crédito alimentar conjugado com a inexistência de uma prestação célere<sup>60</sup> da Justiça do Trabalho para o litígio. Excepcione-se que, nos casos de conciliações aviltantes para os trabalhadores, é dever do magistrado não homologar o acordo, como ocorre na prática. O argumento do professor fluminense é enfraquecido, quando direciona-se pelo fim da irrenunciabilidade baseado nos casos citados, que representam distorções da irrenunciabilidade, que devem ser combatidos e não suprimida a noção de indisponibilidade. Numa perspectiva de efetividade dos direitos sociais, urge seu fortalecimento pela (re)afirmação do seu caráter irrenunciável e não de se promover a maximização da transação destes.

A perspectiva proposta por aqueles que propagandeam o fim do princípio protetivo condiz com a eliminação de sua ontologia originária, suprimindo-se a tutela do hipossuficiente, e atribuindo-lhe uma nova finalidade: “harmonização das relações de trabalho” (SOUZA, 2002, p. 65). Pugna-se por Direito do Trabalho que adota tão somente

---

<sup>59</sup> Gustavo Tepedino considera que é necessária uma releitura (refazer) do Direito Civil em face da Constituição de 1988, uma vez que tais valores e preceitos constitucionais ainda não foram incorporados à práxis civilista.

<sup>60</sup> Não se trata de considerar a prestação da Justiça do Trabalho demorada, eis que, quando comparada com os demais Órgãos Judiciais, revela uma atuação ágil e relativamente rápida. Ainda assim, tal prestação jurisdicional é insuficiente quando o objeto do conflito (verbas salariais e alimentares)

uma sistemática regulativa, e não protetiva, das relações de trabalho, para se atender os clamores da ordem econômica e política hegemônica (globalização e neoliberalismo).

A mudança liberalizante é tão radical, no sentido de transformação profunda, a denominação mais compatível com a nova disciplina laboral proposta seria direito ao trabalho, eis que bem maior a ser protegido seria o próprio emprego, não o trabalhador hipossuficiente. Proteger ao trabalho significar dispor de um sistema legislativo capaz de propiciar a manutenção dos postos de trabalho existentes, bem como facilitar a dispensa e a admissão dos trabalhadores. Em outras palavras, intenta-se retirar a feição protetora que é concebida como causa de uma rigidez. Porém, a investigação do alcance profundo desta viragem ontológica do juslaboralista identifica que proteger ao trabalho, implica, de fato, em proteger aquele que detém o trabalho, isto é, propõe-se que o Direito do Trabalho, atualmente limitado ao Direito do Empregado, torne-se, no Direito da Empresa, regulando harmonicamente as relações de trabalho e assegurando condições de competitividade para a empresa.

O discurso liberal, na tentativa de firmar-se como única alternativa no mundo capitalista e globalizado, imputa à (suposta) excessiva proteção a causa da inefetividade dos direitos trabalhistas e a responsabilidade pelo mercado informal. Com isso, defende que flexibilizar permitiria a efetividade:

Urge rever, sim, o montante da proteção ou mesmo sua efetiva necessidade, podar seus excessos de normatividade, reconhecer que a mesma comporta graus, selecionar seus destinatários. Reconstruir o Direito do Trabalho implica, nesta medida, na sua desconstitucionalização parcial e re-regulamentação em nível infraconstitucional, a simplificação das suas disposições e a redução de sua interferência como modo de obter maior efetividade. (SOUZA, 2002, p. 63).

A crise do princípio da proteção sugere, como destino final, a retorno à uma regulamentação civilista, entendida como fundada na igualdade das partes, afastando-se da constatação inicial da desigualdade fática. A relação entre Direito do Trabalho e o Direito Civil é defendida como uma (re) aproximação, nunca como uma (re)colonização, posto que pretende diminuir os excessos protecionistas, como se depreende da seguinte assertiva:

Os princípios que tanto expressaram o Direito Civil do Direito do Trabalho no passado não parecem hoje tão díspares. Repensa o Direito do Trabalho os excessos e arroubos na proteção como prova cabal de sua maturidade enquanto disciplina jurídica. Os pontos de contato aumentam, estando o

Direito do Trabalho e o Direito Civil se reaproximando [...]. (SOUZA, 2002, p. 97-98).

Entretanto, este afrouxamento ou mesmo a ordem política-econômica hegemônica não materializou, nas relações de trabalho, avanços significativos no processo de diminuição da hipossuficiência. No contexto de crise global e hiper-concorrência mundial, as empresas desenvolveram tecnologias impressionantes, estruturas organizativas superprodutivas, contudo o trabalhador permanece dependente, em especial economicamente, do trabalho, seja ele subordinado, parassubordinado ou autônomo.

A hipossuficiência persiste, em particular agravada pela crise que assola o sindicalismo, uma vez que a resposta da autotutela ou mesmo a capacidade de negociação coletiva não se tem mostrado apta a estatuir condições dignas ou melhores de trabalho. Pelo contrário, o que se tem visto é a adoção negociada de medidas flexibilizatórias, com disposições *in pejus* para os trabalhadores em troca do bem maior hodierno: a manutenção no emprego. No atual cenário nacional, a tendência que se verifica é a mais antagônica possível, ao atribuir aos sindicatos, anteriormente responsáveis pela defesa dos interesses profissionais, a pactuação de normas flexíveis ou, o extremo, da redução salarial pela manutenção do emprego<sup>61</sup>. Conclui-se que a flexibilização não conseguiu assegurar mais empregos ou minorar a hipossuficiência, tampouco a flexibilização negociada foi obtive êxito.

A crise imputada ao princípio da proteção, consorciada com inefetividade das medidas flexibilizatórias adotadas, fomentou a criação de alternativas que conjugam certas medidas protecionistas e flexíveis.

#### **4.9. Flexicurity.**

Em resposta às medidas flexibilizatórias adotadas em países europeus que não conseguiram alcançar seus objetivos, discute-se um novo equilíbrio entre a flexibilização e a

---

<sup>61</sup> O exemplo expressivo desta flexibilização negociada pelos sindicatos foi o conhecido Acordo Coletivo de Trabalho com a empresa automobilística Wolkswagem firmado pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista, considerado como um dos mais fortes e representativos, que reduziu os salários e adotou outras medidas flexíveis, e obteve, em contrapartida, a garantia de temporária dos postos de trabalho.

proteção. É a chamada *flexicurity*, por combinar medidas de flexibilização e proteção nas relações laborais. Comentar-se-á a análise do professor Win Van Oorschot sobre a flexibilidade e segurança na Holanda: *Dutch “flexicurity” policy: flexibility and security for Dutch workers?* (OORSCHOT, 2003).

O professor Win explica que, na Holanda, a flexibilização tem-se manifestado principalmente pelos *flex-jobs*, exemplificando-os como “temporary work; temp agency work; stand-by contracts; home work (often at piecework wages); freelance work (no labour contract)”<sup>62</sup> (OORSCHOT, 2003, p. 1).

Ressalva que, na Holanda, o trabalho a tempo parcial (*part-time work*) não tem sido entendido como medida flexibilizatória, posto que “for many people their part-time job is as permanent and secure as another one’s full-time job”<sup>63</sup> (OORSCHOT, 2003, p. 1). Prossegue o professor holandês indicando em três períodos, no seu país, o percentual dos tipos de empregos, que compreendem o trabalho permanente (*full-time job*), o trabalho a tempo parcial (*part-time job*) e o trabalho flexível (*flex work*). O *part-time work* representou, no período de 1994-1999, metade dos empregos criados, cabendo 32% ao *full-time work* e 17% ao *flex-job*. (OORSCHOT, 2003, p. 2).

Win Oorschot (2003, p. 3) associa os *flex-jobs* a trabalhos fora do expediente comum, ocorrendo principalmente no setor de serviços, com maior índice entre as mulheres e jovens<sup>64</sup>. Quanto ao trabalho em tempo parcial, discorre que esta modalidade é típica e usual no mercado de trabalho holandês, desde que iniciada em 1980. Tem como característica a maior ocorrência entre as mulheres do que com os homens, pontuando para elas o papel central e estrutural do *part-time job*, enquanto que para eles, o papel eventual<sup>65</sup>.

As medidas flexibilizatórias na Holanda são guiadas por três eixos relativos ao trabalho a tempo parcial, seguridade social e leis trabalhistas. (OORSCHOT, 2003, p. 6). Relata o professor holandês que o trabalho a tempo parcial configura-se, em seu país, como

---

<sup>62</sup> Em tradução livre do autor: “trabalho temporário; agências de trabalho; contratos de sobre-aviso; trabalho a domicílio; autônomo (sem contrato de trabalho)”.

<sup>63</sup> Em tradução livre do autor: “para muitas pessoas o trabalho a tempo parcial é permanente e tão seguro como o trabalho normal”.

<sup>64</sup> “Flex-work occurs mostly in the trade, hotel, and catering sectors, where the production of services is usually not restricted to 9-to-5 office hours, and it is relatively low in industry, government, and education.” (OORSCHOT, 2003, p. 3).

<sup>65</sup> For Dutch women, part-time work is a structural and central means of taking part in the labour market, acquire income and status independent of their partners, and to combine this with car tasks at home”. (OORSCHOT, 2003, p.4)

meio de redistribuição de empregos, às custas do tempo de trabalho, dizendo que “social partners also promised to stimulate the redistribution of work, among other things by means of part-time work (plus a reduction in working time).”<sup>66</sup> (OORSCHOT, 2003, p. 7).

Os *flex-jobs* são os mais problemáticos na Holanda (OORSCHOT, 2003, p. 7), eis que, não havendo regulamentação típica, a proteção a estes trabalhadores é minorada ou inexistente, inclusive o que tem estimulado a utilização destes trabalhos flexíveis como mecanismo de fraude ou burla à legislação.

This is that flex-work is used as a means of reducing the sick pay risk for employers, who increasingly hired agency and other temporary workers after the privatisation of sickness benefit (these flex-works receive benefits from the national sickness fund instead of sick pay from their employer). Flex-work can also be used as a means of avoiding rigid legal lay-off rules and extending the duration of ‘on proof’ work in case of new employees.<sup>67</sup> (OORSCHOT, 2003, p. 8).

Alerta Win Oorschot que a flexibilização como alternativa ao desemprego não tem se compatibilizado como o sistema de seguridade social – responsável pelos benefícios para os desempregados. Aduz que a noção de flexicurity não reside no campo da proteção social e que, também, não se mostrou exatamente clara, e por esta razão, carece de ajustes<sup>68</sup>. No tocante à reforma legislativa, ocorreu a reforma da legislação sobre agências de trabalho, com a revogação das “rígidas regras” e implementação do Flexibility and Security Act (Flex Wet) que dispõe sobre uma regulamentação flexível destes contratos, com um período de experiência e procedimento demissional mais simplificados. Do ponto de vista protetivo, exige o registro dos trabalhos prestados (trabalhadores, duração, especificação dos serviços,

---

<sup>66</sup> Em tradução livre do autor: “parceiros sociais também se comprometeram a estimular a redistribuição do trabalho, entre outras coisas, a partir do trabalho a tempo parcial (através da redução do tempo de trabalho)”.

<sup>67</sup> Em tradução livre do autor: “O fato é que o trabalho flexível é usado como uma maneira de reduzir o risco de licença paga devido a doença para os empregadores, empregadores estes que contratam mais e mais agências e trabalhadores temporários depois da privatização da licença doença paga (estes trabalhadores flexíveis - ou temporários - recebem benefícios do fundo nacional de licença doença, em vez de receberem o pagamento dos seus empregadores). Trabalho flexível também pode ser usado como significado para evitar a rigidez legal das regras de dispensa e estender a duração do contrato por experiência de novos empregados”

<sup>68</sup> “Flexicurity is not a concept that has been heard of in the field of social security protection lately. It is not exactly clear why this is so, but a good guess might be that necessary adjustments of the social security system interfered with difficulties surrounding the former government’s promise to organise a society-wide debate of the future of social security”. (OORSCHOT, 2003, p. 8)

atividades e dos tomadores dos serviços) e isonomia na remuneração. Conclui Win Oorschot que este modelo trouxe conseqüências negativas aos trabalhadores<sup>69</sup>.

Após comparar o modelo trabalhista flexibilizado e o protetivo, Win Oorschot constata suas dissonâncias que impõem sua distinção. Resta, para o autor holandês, que o “Flex Wet não concerne com a legislação de seguridade social. [...] A flexibilização mensurada pelo Flex Wet trata de mudanças nas regras para períodos de experiência, cláusulas fixas contratuais e procedimento de extinção contratual. A proteção refere-se a regras no contrato de trabalho, salário mínimo e o contrato nas agências de trabalho temporário<sup>70</sup>.”(OORSCHOT, 2003, p. 10).

Considerando a flexibilização como mecanismo de fuga da proteção e seus custos<sup>71</sup>, o professor holandês afirma a flexicurity como situada num patamar superior ao da flexibilização, por agregar alguma proteção social, seja através da isonomia de direitos, aplicada proporcionalmente aos trabalhadores a tempo parcial, seja pela equidade remuneratória assegurada aos trabalhadores temporários das agências de trabalho. Ainda assim, a conclusão de Win Oorschot é desanimadora quanto à flexicurity, pois “o estudo expressa sérias dúvidas sobre os efeitos positivos que são atribuídos à introdução da Flex Wet”<sup>72</sup>.

Em suma, sua conclusão reafirma positivamente a qualidade protetiva do trabalho a tempo parcial – com isonomia proporcional aos trabalhadores com empregos comuns –, contudo reitera a dificuldade, e neste item negativamente, de se proteger aqueles trabalhadores compreendidos nos *flex-jobs*.

#### **4.10. Reafirmando o Princípio da Proteção**

---

<sup>69</sup> “That abolishment of rigidities by WAADI could have some negative consequence for the position of flex-workers is acknowledge by the government, but it trusts that these will be overcome by the new rights created by the Flex Wet.” (OORSCHOT, 2003, p. 9)

<sup>70</sup> It is explicitly noted that Flex Wet is not concerned with social security legislation as such. [...]Flexibility measures of Flex Wet concern change in rules for probationary period, fixed-term contracts, and terminating labour contracts. Security measures concern rules on labour contracts, minimum salaries and temp agency labour contracts”. (OORSCHOT, 2003, p. 10)

<sup>71</sup> “There is a tendency among employers to (mis)use flex-work as a means of avoiding costs and rigidities related to social insurance scheme and labour law” (OORSCHOT, 2003, p. 10).

<sup>72</sup> “the studies express serious doubts whether the positive effects are attributable to the introduction of the Flex Wet only”. (OORSCHOT, 2003, p. 12)

A ontologia juslaboral não se esvai ante o mundo em transição pós-moderna e a fábrica pós-fordista. A condição do trabalhador, não mais do empregado, persiste no contexto da dependência ou hipossuficiência. Há que se vislumbrar de maneira indissociável o binômio hipossuficiência-dependência, que implica na defesa de um Direito do Trabalho de cunho protetivo enquanto seus destinatários perdurarem numa situação de desigualdade econômica. “Existirá, pois, a necessidade de proteção enquanto esta existir [inferioridade dos trabalhadores], mas deve ser evitada a superproteção, que pode produzir efeitos perversos.”(SILVA, 1999, p. 39).

Cumprido, de igual modo, rechaçar alguns argumentos propalados como causadores da suposta crise do princípio trabalhista.

Trata-se de uma repetição (disfarçada) dos argumentos contrários ao surgimento do Direito do Trabalho e dos seus princípios. Contudo, ao invés de se invocar o argumento da liberdade das partes (superado pela idéia de hipossuficiência), o discurso (neo)liberal vale das idéias de competitividade e eficácia, como também repete-se as de leis do mercado, necessidade de baixar custos, entre outras<sup>73</sup>. O sentido implícito de movimento de liberalização ao retirar o teor protetivo do Direito Laboral é retomar uma regulamentação civilista das relações de trabalho, em mitigando o princípio pré-jurídico ou axioma de que o trabalho não é mercadoria, como adverte Pinho Pedreira:

É preciso reconhecer que cada norma do Direito do Trabalho constitui um acidente, um obstáculo, um impedimento para tratar o trabalho como uma mercadoria sujeita às leis do Mercado. Querer tirar as rigidezes equivale a querer destruir o Direito do Trabalho. (SILVA, 2004, p. 93).

A crise econômica, fundamento de igual importância, para que se pretenda uma flexibilidade na proteção dos trabalhadores, sempre acompanhou o Direito do Trabalho. Na história, constatam-se inúmeras crises econômicas internacionais e nacionais, que repercutiram, inclusive com o afrouxamento da rigidez da legislação trabalhista, sem, contudo eliminar a ontologia protecionista (SILVA, 1999, 38). Além disso, mesmo nos momentos críticos, os interesses econômicos não podem subjugar o valor social do trabalho,

---

<sup>73</sup> “O discurso dos defensores da flexibilidade é o mesmo discurso dos que se opuseram no princípio do século ao surgimento do Direito do Trabalho. Com uma roupagem verbal apenas diferente: não se invoca a liberdade, como nessa época, mas a eficácia; mas continua-se invocando a competitividade, a inexorabilidade das leis do mercado, a necessidade de baixar custos”. (SILVA, 1999, p. 37)

isto é, não podem, para lograr a recuperação, aviltar as condições de trabalho dos trabalhadores, diminuindo a proteção. Transferir os prejuízos econômicos para os trabalhadores implica na negação do princípio da forfetaridade, que desvincula os riscos do negócio dos direitos trabalhistas.

De forma diametralmente oposta, em momentos de crise que se deve recorrer às bases e diretrizes do fenômeno contestado. Recorrer as diretrizes importa reafirmar os princípios originários, que são, pelos seus caracteres, os componentes da disciplina jurídica com maior perenidade, uma vez que são depositários de todos os substratos (econômicos, sociais e políticos) que originaram o sistema em catarse. Constatada a similitude da situação econômica – na perspectiva de dependência econômica do trabalhador, inclusive agravada em alguns casos – a confirmação do valor social da proteção aos trabalhadores se impõe. Porém, as contestações liberais negam este raciocínio, advogando a existência de um único caminho: a liberalização. Américo Plá Rodriguez assevera:

É justamente nesse momento que os princípios se desenvolvem e demonstram sua razão de ser. Não se deixa de usar guarda-chuvas quando chove, mas pelo contrário. No momento em que se questiona sua razão de ser é que os princípios devem ser invocados, defendidos e aplicados. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 80).

Nesta perspectiva, Amauri Mascaro Nascimento defende a necessidade a intervenção estatal (uma das técnicas protetivas), mesmo perante a crise econômica e social, demarcada pela ascensão da flexibilização e precarização:

[...] a resposta é afirmativa porque a verdadeira igualdade está em tratar desigualmente situações desiguais. No entanto, há direitos que devem ser defendidos com a força da lei e outros que podem ser melhor disciplinados pela autocomposição direta entre os próprios interessados. (NASCIMENTO, 2002, p. 905)

Em atenção ao contexto crítico, a OIT se manifestou através da Declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, reconhecendo que os direitos fundamentais atualmente são:

- a) Liberdade sindical e reconhecimento efetivo da negociação coletiva;
- b) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) Abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Infere-se da Declaração da OIT de 1998 uma ênfase ao plano coletivo, bem como nas questões de excessiva exploração sequer aceitas no capitalismo (trabalho forçado e infantil) e, destaque-se, menção a defesa isonomia nos empregos e ocupações. Apesar de não haver referência explícita ao princípio da proteção, o caráter tutelar do Direito Laboral pode ser depreendido das declarações anteriores e da própria finalidade da OIT. Noutro sentido, verifica-se que, com a menção à isonomia entre emprego e “ocupação” estipula-se um regime de igualdade entre o trabalho convencional (emprego) com as atuais formas flexíveis (*flex-jobs*, trabalho a tempo parcial, parassubordinados, cooperados, entre outros), ratificando a noção de expansionismo do Direito do Trabalho, intrinsecamente protecionista.

Por fim, uma análise orientada pelo materialismo histórico impõe uma severa crítica à ontologia protetiva trabalhista.

Numa análise mais detida, sabe-se que a proteção trabalhista articulada na legislação conforma-se como mecanismo de dominação, porque assegura a continuidade da exploração do trabalhador, advinda da apropriação do resultado do trabalho por conta alheia. Com as medidas protetivas que asseguram alguns direitos, mas mantém a mais-valia, o Direito do Trabalho funciona como conservador do *status quo*, impedindo as pretensões revolucionárias dos trabalhadores. É este o sentido apurado da afirmativa de Palomeque López:

[...] a legislação do trabalho corresponde *prima facie* a uma solução defensiva do Estado Burguês para, através do de um corpo de normas tuitivas a favor dos trabalhadores, dispor sobre a integração e institucionalização do conflito entre o capital e o trabalho em termos compatíveis com a viabilidade do sistema estabelecido. (*apud* ROMITA, 1998, p. 603)

Proteger significa dominar e colocar, sob o julgo do protetor, o protegido que, graças à sua condição de dependente, irá-se satisfazer com a qualidade de protegido.

Destaca Pinho Pedreira:

Pareceu-nos sempre que em tempo algum o fim, em última instância, do Direito do Trabalho foi a proteção do trabalhador, pois não seria possível a existência, no regime capitalista, de um ramo do direito em contradição com os interesses da classe dirigente, [...]. Para nós, ontem como hoje, a finalidade imediata do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, mas a finalidade mediata o equilíbrio social ou, como se exprime como maior propriedade Wolfgang Daubler, “a conservação dos *status quo* social”. (SILVA, 1999, p. 34).

No mesmo sentido, Aldacy Rachid Coutinho discorre criticamente que “a proteção do trabalhador é um mito. Aquilo que está no lugar do que não pode – ou não deve – ser dito. Está enunciar que protege, quando nem sempre tutela. Afinal o direito do trabalho é o direito capitalista do trabalho.” (COUTINHO, 2001, p. 7).

Não obstante, mesmo o princípio da proteção conduzindo a uma faceta de dominação pela regulação<sup>74</sup>, não se pode deixar de defendê-lo, particularmente de defender seu caráter protetivo. Seu caráter instrumental também poderá ser guiado pelo viés emancipatório, quando se vincula a proteção à condição de dignidade do homem trabalhador, e quiçá para além daquela reconhecida pelo direito positivo. Aldacy Rachid Coutinho assevera:

E se não fosse protetivo do trabalhador ... seria do capital. A primazia do trabalho sobre o capital determina que o direito está pelo e para o homem. O homem não está a serviço dos interesses traduzidos no direito. O mercado não pode influenciar, direcionar o direito do trabalho. (COUTINHO, 2001, p. 7).

A tensão cotejada da regulação-emancipação atinge, de igual maneira, o direito. Apesar do direito hegemônico praticado, ensinado dogmaticamente e dito servir como meio de conservação social (técnica de regulação social), tem-se o contra-direito, o Direito Crítico, insurgente, de combate, surrealista, ou qualquer outra denominação que expresse movimentos, no âmbito do direito de reação à dominação daquele direito posto e hegemônico, na direção compromisso libertário. Não obstante a indispensável crítica materialista, a defesa de um direito protecionista é pauta, no regime capitalista, das ideologias reformistas e revolucionárias.

O cenário que se conjectura para a projeção do Direito do Trabalho resgata seu horizonte fundador. Rejeita-se uma postura liberalizante, eis que a flexibilização negociada ou a precarização das condições de trabalho não são compatíveis com a ontologia juslaboral, e, no plano fático, não apresentam resultados de atenuação/diminuição da hipossuficiência do trabalhador, que continua dependente, seja na subordinação, autonomia ou parassubordinação. De outro modo, o insucesso da vertente conciliatória, *flexicurity*, aponta para o retorno da proteção, desde que baseada em outros moldes distintos da subordinação

---

<sup>74</sup> “Analisando a História Contemporânea, é possível afirmar-se que os países que adotaram esse modelo de políticas públicas não buscaram valorizar o trabalho efetivamente, ou entendê-lo como valor, primado de uma sociedade progressista, mas sim apaziguar expectativas e reinvidiações de grupos de interesse” (BOCORNY, 2003, p. 64)

jurídica. Esta leitura conduz a uma superação da crise e a reafirmação do Princípio da Proteção. Assim conclui Plá Rodriguez:

Deve continuar fiel a seus princípios, aplicando-os adequadamente à época e às realidades efetivas que se põem em cada momento. Essa aplicação racional, razoável, funcional dos princípios deve distinguir o permanente do circunstancial, separar o essencial do contingente. Os princípios não são obstáculo às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 82).

Pinho Pedreira arremata que “todos os princípios do Direito do Trabalho, mesmo aqueles que tiveram negada sua sobrevivência nestes tempos de globalização e flexibilização, permanecem válidos.” (SILVA, 2004, p. 97).

Os discursos flexibilizantes, hegemônicos na globalização, não se sobrepõem à realidade social, que persiste em caracterizar o trabalhador de hipossuficiente. O modo de produção pós-fordista, apesar de alterar as formas de trabalho e seus contratos, tem agravado a exploração e a dependência econômica do trabalhador. A crise do princípio da proteção não conduz à sua negação, mas engendra uma necessidade de repensá-lo.

## Capítulo V: Repensando o Princípio da Proteção.

### 5.1. Véspera.

Após algum acúmulo teórico, proveniente da “Crise do Direito do Trabalho” (Capítulo II), “Crise da Subordinação Jurídica” (Capítulo III) e “Crise da Proteção” (Capítulo IV), chega-se à véspera do fim. Esta proximidade da conclusão traz a severidade dos desafios, porque exige mais que acúmulos, almeja direções, constatações e especulações. Exsurge o desafio-mor: conferir coerência e significado ao título. Pois então, é o momento de repensar o princípio da proteção nas relações de trabalho contemporâneas.

O caminho é longo, plural e heterogêneo, como tem se caracterizado o próprio trabalho no mundo hodierno (heterogeneidade). O primeiro trecho transita pela Economia e Sociologia do Trabalho quando identifica em dados estatísticos a persistência da hipossuficiência (5.2.) do trabalhador brasileiro para fundamentar a necessidade de proteção juslaboral. Todavia, as contribuições interdisciplinares, dogmaticamente, não são capazes de convencer o Direito. Far-se-á, então, uma guinada principiológica (5.3.) com vistas a identificar a força normativa dos princípios na doutrina contemporânea, especialmente em Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

A seguir, a Constituição trará uma principiológica normativa e vinculante (5.4.), conduzindo o debate aos conflitos dos princípios constitucionais (valorização do trabalho *versus* livre iniciativa), cuja solução cinge-se com a ponderação e proporcionalidade, transpostas para a relação de trabalho (5.5.). Prosseguir-se-á mencionando do expansionismo até a nova competência da Justiça do Trabalho (5.6.), para constatar a necessidade de uma releitura do artigo terceiro da CLT, que amplie a proteção a partir de uma dependência sem adjetivos (5.7), tendo como horizonte paradigmático o modelo italiano do Contrato a Projeto (5.8.). A partir da defesa da proteção, há que se pensar em novas e velhas hermenêuticas (5.9), bem como em outras propostas dignificantes (5.10.).

Para o fim, a poética disfarça os valores, utopias e esperanças (5.11.) que se almeja, com todo o risco que é intrínseco à poesia.

## **5.2. Da (visível) persistência da hipossuficiência à reafirmação da proteção.**

A atual realidade repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador através de formas distintas da relação de emprego. É mister, então, repensar o Direito do Trabalho para encontrar novos parâmetros e fundamentos que justifiquem sua existência, uma vez que o discurso liberalizante sugere, em contra-senso, a sua redução ou o seu fim. Mister, então, revisitar a atual realidade, diga-se, compreender a conjuntura do mercado de trabalho e as condições de vida do trabalhador.

Não obstante as mudanças advindas da transição pós-moderna e do pós-fordismo, as condições de vida do trabalhador continuam a ser demarcadas pela debilidade. A análise de três importantes elementos do mercado de trabalho comprova a persistência da hipossuficiência. São o percentual de desempregados, o rendimento salarial e as novas formas de trabalho (ou trabalho informal). Os elementos têm que ser entendidos a par do panorama da historicidade e política adotadas em certos países do Sul, notadamente o Brasil, hegemônica por medidas neoliberais:

Nesses países, a precarização do trabalho, bem como a flexibilização de suas formas de exploração, foi geral e atingiu, de forma indiscriminada, toda a classe trabalhadora. Além da ampliação do desemprego, à queda de rendimentos do trabalho, assistiu-se ao crescimento da informalidade e intensificação da jornada de trabalho, ao crescimento do trabalho infantil, à redução dos direitos trabalhistas e ao enfraquecimento dos sindicatos de trabalhadores. Tudo isso modificou, em muito, a estrutura e a dinâmica dos seus respectivos mercados de trabalho. (FILGUEIRAS, 2003, p. 53).

Este cenário é o da heterogeneidade das formas de trabalho. Sublinhe-se que o heterogêneo (diferente da relação de emprego) implica, do ponto de vista técnico trabalhista, na exclusão da proteção. Observe-se a tabela a seguir (construída a partir da classificação e dos dados do Departamento Intersindical de Estudos Sociais e Econômicos – DIEESE), sobre mercado de trabalho da Região Metropolitana de Salvador, a diversas modalidades de trabalhos heterogêneos.

<b>Tipologia de trabalho</b>	<b>1997 (março)</b>	<b>2001 (março)</b>	<b>2005 (março)</b>	<b>2006 (março)</b>
Assalariado Privado com Carteira	28%	35%	37,2%	37,8%
Assalariado Privado sem Carteira	11,3%	12%	11%	11,6%
Assalariado Público	16,7%	14,6%	13,5%	12,9%
Autônomo para o Público	19,7%	17,7%	19%	18,5%
Autônomo para a Empresa	5%	3,8%	3,8%	3,1%
Empregador	4,1%	3,8%	4,5%	4,1%
Doméstico	10,6%	11%	9,1%	9,4%
Outros	4,4%	2,1%	1,9%	2,5%
Total	100%	100%	100%	100%

(fonte PED RMS-SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE, 2006)

A partir da análise dos dados da Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), o diagnóstico obtido descarta um aumento importante dos trabalhadores assalariados com carteira assinada, isto é, incluídos na proteção trabalhista, que, em 1997, equivaliam a 28% e, em 2006, chegavam à 37,8%. Apesar do aumento no percentual dos trabalhadores protegidos, deve-se pontuar que o número de autônomos (tanto para o público em geral e para as empresas) e dos demais trabalhadores sem enquadramento nas demais categoriais representa um grande contingente, significando 29,1% em 1997 e 24,1% em 2006. A heterogeneidade do trabalho é realçada, quando se analisa tão somente o universo dos trabalhadores, com a exclusão dos assalariados do setor público e empregadores. Neste cenário, em 2006, o setor privado tem 45,54% de trabalhadores protegidos (assalariados com carteira assinada), 13,97% de trabalhadores precarizados (assalariados sem carteira assinada), 11,33% de domésticos e 28,69% de heterogêneos (autônomos para a empresa, para o público e outros). Thaiz Braga contextualiza esse mercado de trabalho na região Metropolitana de Salvador:

[...] o mercado de trabalho regional caracteriza-se por uma estrutura ocupacional frágil, na qual se destacam frequentemente as relações informais de trabalho, com a presença marcante de ocupações e atividades precárias que se reproduzem a partir de um processo crescente de exclusão social. A deterioração dos vínculos empregatícios entre os anos oitenta e noventa, as altas taxas de desemprego, além da queda de rendimentos dos

ocupados vêm conformar o ajuste do mercado de trabalho metropolitano ao recrudescimento da crise final das duas últimas décadas. (BRAGA, 2003, p. 56).

Considerando os dados consignados acima, constata-se, paradoxalmente um crescimento dos empregos na presente década, isto é, um aumento do trabalho assalariado formal com as garantias protecionistas. A década de 90 do século passado, como visto, foi muito ruim para as relações de emprego, graças ao forte aumento do desemprego, o que não tem ocorrido no período de 2000 até 2006. Todavia, o acréscimo dos números de empregos não resultou na melhora da condição de vida do trabalhador, eis que não houve qualquer elevação dos rendimentos auferidos, ao contrário, foram diminuídos.

Os dados do DIEESE confirmam a flagrante hipossuficiência que acomete os trabalhadores em Salvador, o que também se repete no Brasil. Ao verificar uma renda média que varia entre, a menor, R\$ 271,00 (em 1997) e R\$ 273,00 (em 2006) para analfabetos, e a maior, R\$ 2.986,00 (em 1997) e R\$ 2.185,00 (em 2006), para trabalhadores com escolaridade superior. O padrão remuneratório é vil, incapaz de permitir uma vida digna a partir do trabalho. A tabela a seguir (DIEESE, 2006) comprova a necessidade de proteção destes trabalhadores:

TABELA 12  
**RENDIMENTO REAL MÉDIO TRIMESTRAL DOS OCUPADOS  
 POR GRAU DE INSTRUÇÃO (1)**  
 REGIÃO METROPOLITANA DE SALVADOR - BAHIA  
 Fevereiro 1997 - Fevereiro 2006

Períodos	Rendimento Real Médio Trimestral dos Ocupados por Grau de Instrução				
	Analfabetos	1º Grau incompleto	1º Grau completo /2º incompleto	2º Grau completo /3º incompleto	3º Grau completo
Fevereiro 1997	271	420	682	1260	2986
Fevereiro 1998	281	408	628	1107	3044
Fevereiro 1999	283	418	640	1052	2807
Fevereiro 2000	270	374	564	956	2582
Janeiro 2001	292	393	508	933	2491
Fevereiro 2001	271	398	508	916	2468
Março	270	401	514	923	2604
Abril	289	421	534	929	2577
Maio	295	409	515	960	2658
Junho	289	398	502	933	2661
Julho	262	383	497	940	2703
Agosto	262	387	501	893	2584
Setembro	276	379	510	894	2594
Outubro	284	382	515	891	2517
Novembro	277	372	530	926	2481
Dezembro	278	386	534	949	2501
Janeiro 2002	262	389	523	951	2557
Fevereiro 2002	273	402	501	942	2554
Março	249	390	478	924	2496
Abril	255	386	485	910	2540
Maio	246	387	499	888	2578
Junho	258	391	540	894	2702
Julho	274	386	532	885	2650
Agosto	289	377	520	880	2592
Setembro	291	385	490	855	2439
Outubro	297	384	477	851	2352
Novembro	276	376	496	831	2349
Dezembro	272	364	495	831	2362
Janeiro 2003	241	348	497	797	2399
Fevereiro 2003	242	347	467	785	2446
Março	228	331	447	758	2365
Abril	240	342	449	753	2308
Maio	227	349	451	739	2168
Junho	251	355	469	746	2261
Julho	264	363	468	773	2261
Agosto	293	373	459	795	2297
Setembro	292	379	436	791	2194
Outubro	287	366	429	782	2206
Novembro	282	357	443	762	2137
Dezembro	279	357	468	777	2211
Janeiro 2004	281	374	487	778	2228
Fevereiro 2004	262	361	472	806	2249
Março	249	350	462	823	2251
Abril	231	345	438	800	2214
Maio	242	341	441	768	2354
Junho	263	354	439	741	2373
Julho	277	359	451	737	2296
Agosto	288	371	459	748	2272
Setembro	300	355	454	748	2154
Outubro	313	335	439	747	2217
Novembro	281	324	417	744	2184
Dezembro	256	341	436	753	2181
Janeiro 2005	251	360	436	786	2262
Fevereiro 2005	269	367	462	799	2241
Março	285	366	465	806	2308
Abril	286	358	466	771	2267
Maio	280	365	461	758	2299
Junho	262	373	443	747	2282
Julho	272	378	447	770	2261
Agosto	291	384	446	783	2224
Setembro	287	373	443	784	2164
Outubro	261	363	445	789	2178
Novembro	247	347	449	773	2160
Dezembro	273	359	478	774	2177
Janeiro 2006	286	371	500	768	2177
Fevereiro 2006	273	373	494	782	2186

FONTE: PED RMS-SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE.

A tabela demonstra que os rendimentos daqueles trabalhadores incluídos (empregados) não tiveram qualquer ascensão. Em verdade, sequer acompanharam a inflação, tendo, por consequência, seu poder aquisitivo diminuído em face da inexistência de reajuste a título de inflação do período. Mesmo assim, a análise dos valores materiais é desalentadora, posto que, somente em dois Estados (São Paulo e Rio de Janeiro, e para profissionais com nível superior completo), a média salarial seria capaz de atender à necessidade de sobrevivência digna do trabalhador e sua família, nos termos do artigo sétimo, inciso quarto da Constituição. O DIEESE estipulou que o valor do salário mínimo, para que cumpra os preceitos constitucionais, deveria ser de R\$ 1500,00 (DIEESE, 2006). Assim, a quase totalidade dos empregados da RMS encontra-se na flagrante situação de debilidade econômica, ou pior, sequer obtém a remuneração necessária a cumprir a previsão mínima da Constituição. Infere-se, desse modo, a média remuneratória brasileira é baixíssima, fato por si só que justifica o imperativo de proteção ao trabalhador que foi (na gênese do Direito do Trabalho) e continua a ser hipossuficiente. Ora, havendo hipossuficiência, a proteção se exige.

Outra condicionante para a debilidade econômica é a questão do desemprego. O aumento dos empregos formais a partir de 2000 não tem sido proporcional ao crescimento populacional, não conseguindo a diminuição dos índices de desemprego. De fato, o aumento (ou formalização) de 28% (1997) para 37,8% (2006) dos trabalhadores inseridos na regular relação de emprego sinaliza positivamente ante a propalada crise do emprego, porém não remete a uma melhor condição de trabalho, a exemplo da queda dos rendimentos.

**Tabela 8**  
 Taxas de Desemprego segundo Tipo de Desemprego  
 Região Metropolitana de Salvador  
 1997-2003

Tipo de Desemprego	Anos							Em porcentagem	
								Variações Relativas (%)	
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2003/2002	2003/1997
Total	21,6	24,9	27,7	26,6	27,5	27,3	28,0	2,6	29,6
Aberto	12,4	14,2	15,8	15,0	16,4	16,3	17,0	4,3	37,1
Oculto	9,2	10,7	12,1	11,8	11,1	11,0	11,0	0,0	19,6
Pelo Trabalho Precário	6,0	7,3	8,4	8,3	8,0	7,8	7,6	-2,6	26,7
Pelo Desalento	3,2	3,4	3,7	3,3	3,1	3,2	3,4	6,3	6,3

Fonte: Pesquisa de Emprego e Desemprego - PED RMS - SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE.

Sem adentrar na conhecida disputa estatística (DIEESE x IBGE) sobre a forma de pesquisa e quais as populações que não são computadas (desemprego oculto, por desalento, entre outros), constata-se, com evidência, que a taxa desemprego prossegue em um patamar extremamente alto, demonstrando, lastimavelmente, seu crescimento, quando era de 21,6% em 1997, passando a R\$ 29,6% em 2006. Por tal razão, o desemprego (em especial o desemprego estrutural) cumpre função relevante na dinâmica capitalista. O excesso de trabalhadores quanto à demanda de seus serviços possui duas serventias:

- 1) o capital sempre tem, a sua disposição, uma oferta regular de trabalhadores, necessitados de venderem a força de trabalho, pela impossibilidade de garantirem a sobrevivência através do trabalho por conta própria; e 2) essa massa de trabalhadores “supérfluos” funciona como regulador do nível salarial, uma vez que modera as exigências dos trabalhadores que estão empregados e enfraquece o poder dos sindicatos. (FILGUEIRAS e PINTO, 2003, p. 39).

As idéias de desemprego estrutural e liberdade contratual (premissa para a formação do contrato de emprego) se encontram com pujança. É que as altas taxas de desemprego conduzem à aceitação/legitimação da condição de subordinado, inclusive porque a qualidade de empregado, não sendo mais hegemônica, termina sendo privilegiada, posto que se trata dos incluídos e protegidos pelo sistema juslaboral. Ainda mais, conduzem à aplicação fria (e desumana) da lei de oferta e procura, que tenciona pela redução dos

rendimentos e vantagens trabalhistas, pela crise do emprego<sup>75</sup>. Laomar Neves de Souza narra a situação:

[...] em face de um cenário onde há excedente estrutural de força de trabalho, fato visível nas elevadas taxas de desemprego, é natural que ocorra uma pressão para que os rendimentos do trabalho caiam. Essa situação se torna ainda mais dramática quando se constata que, nos últimos anos, tem havido uma queda generalizada dos rendimentos do trabalho, e de modo especial dos salários. (SOUZA b, 2003, p.102).

A título de registro, convém pontuar as difíceis formas de sobrevivência do desempregado. Em outras palavras, quer-se descobrir os meios de sobrevivência daquele imenso contingente dos sem-trabalho. Luiz Filgueiras (2003, p. 53) esclarece que o sustento do desempregado provém da ajuda de familiares com alguma fonte de renda, tal como aposentadorias, pensões e da remuneração empregatícia. Ou seja, além dos efeitos diretos dos altos índices de desemprego, o empregado, mesmo com baixos rendimentos, tem, ainda, que colaborar financeiramente, no exercício da singular solidariedade brasileira das classes mais populares, com seus familiares excluídos.

**Tabela 4**  
Distribuição dos Ocupados, segundo Posição na Ocupação  
Região Metropolitana de Salvador  
1997-2003

Posição na Ocupação	Anos						
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Ocupados	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Assalariados Total (1)	56,1	58,1	58,5	59,8	61,1	59,9	60,7
Assalariados Setor Privado	40,0	41,9	43,0	45,2	46,6	45,7	46,8
Subcontratados	4,1	4,6	5,1	4,8	4,9	5,0	6,0
Demais	35,9	37,3	37,9	40,4	41,7	40,7	40,8
Com Carteira Assinada	29,2	30,9	31,7	33,1	34,7	33,9	35,1
Sem Carteira Assinada	10,8	11,0	11,3	12,1	11,9	11,8	11,7
Assalariados Setor Público	16,1	16,1	15,4	14,6	14,5	14,2	13,8
Autônomo	24,6	23,5	23,9	22,5	21,6	23,1	23,0
que Trabalha para Empresa	4,9	4,2	4,9	4,4	3,8	4,2	4,2
que Trabalha para o Público	19,7	19,3	19,0	18,1	17,8	18,9	18,8
Empregadores	4,3	4,2	3,9	4,1	4,0	4,2	3,8
Empregados Domésticos	10,8	10,2	10,4	10,5	10,8	10,1	10,1
Demais	4,2	4,0	3,3	3,1	2,5	2,7	2,4

Fonte: Pesquisa de Emprego e Desemprego - PED RMS - SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE.

(1) Inclusive os Assalariados que não sabem o tipo de empresa em que trabalham.

(2) Assalariados Sem Carteira de Trabalho Assinada (Setor Público ou Privado) e Estatutários.

<sup>75</sup> “Desta forma, do ponto de vista do incremento ocupacional, o assalariamento formal perde importância no mercado de trabalho, a partir do incremento e amplia-se a heterogeneização da estrutura ocupacional, a partir do incremento das relações de trabalho não-regularizadas legalmente, em detrimento da auto-ocupação” (BRAGA, 2003, p. 76).

Quanto à heterogeneidade das formas de trabalho, os dados supra indicam, a *contrario sensu*, que o trabalho parassubordinado não representa uma porção significativa no mercado de trabalho. Isto porque, estes trabalhadores representam aproximadamente um terço dos trabalhadores autônomos, que totalizam 4,7% das ocupações em 2006, segundo o DIEESE. Os parassubordinados poderiam ser classificados na expressão de trabalhadores para a empresa.

Noutra perspectiva, os parassubordinados são considerados de “nova informalidade”, porque são, estatisticamente, mais qualificados do que os clássicos trabalhadores informais, como ambulantes. Patrícia Pugliesi e Silva relaciona que esta maior qualificação decorre da necessidade do mercado, que externalizou etapas (especializadas e qualificadas) do processo produtivo, exigindo destes trabalhadores “experiência e capacitação para realizar as atividades propostas, mas que não encontram oportunidades de se inserir ou reinserir no mercado de trabalho formal.” (SILVA, P, 2003, p. 91).

Com efeito, o diagnóstico da situação laboral contemporânea repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador, seja através de formas distintas da relação de emprego (precarização), seja através da redução dos direitos e obrigações trabalhistas (flexibilização) ou mesmo pela sublocação (terceirização). Identifica-se, nas relações laborais, uma recorrente tensão entre a defesa da liberdade - mediante redução da intervenção protecionista juslaboralista, e a afirmação da defesa da igualdade e da regulação – por meio da tutela protetiva do Direito do Trabalho. Washington da Trindade arremata:

É provável que a aceleração imprimida aos fenômenos sociais, principalmente pela revolução tecnológica, justifique as flutuações dos grupos que se inclinam ora pela motivação de mais liberdade, ora pelo sistema dos freios e contrapesos, na acomodação pacífica dos interesses em conflito. (TRINDADE, 1995, p. 78).

Nestas condições socioeconômicas, fomentar a liberalização do trabalho implica propiciar uma barbárie, como prenuncia Francisco Pedro Jucá:

Destarte, o sistema normativo disciplinador das relações de trabalho ocorrentes no universo da sociedade em mudança precisa estar presente, e compete a ele estabelecer dentro do consenso social os limites básicos para os parâmetros destas relações, sob pena de admitir-se que à exclusividade do econômico e despido de conteúdo ético e humanístico, conduzem inexoravelmente à desvalorização do homem e à barbárie. (JUCÁ, 2000, p. 72).

Resta implícito, no discurso hodierno dos liberalizantes, a velha expressão liberalista francesa, *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même* (deixai fazer, deixai passar, que o mundo anda por si mesmo). Ora, a facticidade abordada demonstrou a persistência da condição de hipossuficiência do trabalhador, o que clama pela reafirmação da proteção juslaboral.

Neste ponto, formula-se a primeira conclusão da dissertação. Qualquer proposta de recomposição, atualização ou repensar deve respeitar a feição protecionista do Direito do Trabalho. Seu caráter protetivo é defendido. Repensar aqui o princípio da proteção implicar na reafirmação de sua ontologia protetiva. A fundamentação da manutenção da proteção juslaboral reside, sinteticamente, na persistência visível da condição de debilidade econômica do trabalhador no mundo pós-moderno e pós-fordista. Nesse sentido, temos Amilton Bueno: "O princípio da proteção àquele que trabalha é conquista da humanidade, é etapa vencida no movimento histórico que não se admite mais retrocesso. A consciência jurídica universal repudia a restrição de tal conquista. Este, pois, é o norte interpretativo."(BUENO, 1993, p. 101).

A crise assinalada no segundo capítulo (Crise do Direito do Trabalho) conduz a buscar nos princípios as possibilidades de superação. Os princípios (re)assumem a sua função imprescindível: guiar o sistema, seja durante a turbulência, seja para seu refazimento. Américo Plá Rodriguez reconhecendo a situação, sinaliza a necessidade imperiosa do acompanhamento principiológico:

Deve continuar fiel a seus princípios, aplicando-os adequadamente à época e às realidades efetivas que põem em cada momento. Esta aplicação racional, razoável, funcional dos princípios deve distinguir o permanente do circunstancial, separar o essencial do contingente. Os princípios não são obstáculos às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhe permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 82).

Outro argumento importante para defesa da proteção, é o fato de que as normas protecionistas, que representam normalmente mais vantagens econômicas aos empregados, implementam uma política de redistribuição de renda, tão necessária conforme visto nos dados sobre o mercado de trabalho e a situação do trabalhador. A redistribuição de renda é tão premente que o próprio Poder Constituinte lhe inscreveu como um dos objetivos da Constituição. Francisco Pedro Jucá sublinha:

[...] desconsideram que as garantias dos trabalhadores são, principalmente, mecanismo de redistribuição de riquezas geradas pela produção e, mesmo, a garantia maior do mercado para elas, espelhada pela capacidade de consumo ou poder de compra. (JUCÁ, 2000, p. 100-101).

Portanto, sustenta-se que a perspectiva futura do Direito Laboral deve-se coadunar com sua ontologia originária: a proteção ao ser humano. Francisco Meton Marques formula tese importante para o repensar do Direito do Trabalho. “Como normas gerais de um sistema de proteção do gênero trabalho, os princípios trabalhistas aplicam-se a todas as relações laborais em que o obreiro se revele inferiorizado, quer em virtude de sua dependência econômica, quer pela sua condição social.”(LIMA, 2005, p.395). Nisto vale lembrar que a condição de dependente ou subordinado denota um estado de inferioridade, o que clama pela proteção.

Reafirmada a perspectiva protecionista, o princípio da proteção precisa de reforço para enfrentar seus dilemas contemporâneos. A corrente compreensão normativa e vinculante dos princípios, notadamente dos princípios constitucionais, pode em muito colaborar. Trata-se de absorver na doutrina ascendente o papel dos princípios e transpô-lo para o princípio protetivo laboral.

### **5.3. Uma guinada principiológica.**

Na era contemporânea, as discussões sobre princípios assumiram uma dimensão inexistente anteriormente. Pode-se dizer que houve uma guinada teórica para o estudo dos princípios, seja na literatura internacional em Ronald Dworkin, Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho e, de igual modo, na nacional com Humberto Ávila, Roberto Barroso, entre outros. Trata-se de um desenho de uma nova função para os princípios, muito além das funções clássicas.

A premissa desta nova função reside na afirmação de que os princípios têm “natureza de norma jurídica efetiva, e não simples enunciado programático não vinculante” (DELGADO, 2004, p. 18). Reconhecer que os princípios jurídicos possuem a mesma eficácia das regras jurídicas (imperatividade e obrigatoriedade), implica afirmar que as normas jurídicas são gêneros que contém duas espécies: as regras e os princípios.

A guinada indicada tem conduzido a uma nova perspectiva para a interpretação jurídica, eis que estabelece que o manejo adequado dos princípios é inarredável para a operação e o funcionamento do ordenamento jurídico. Nisto, exige-se que o intérprete tenha um domínio sobre os princípios e suas funções, o que reforça a necessidade de seu estudo. Evidencie-se, de logo, que a ascensão principiológica está ligada inseparavelmente à crítica/superação do positivismo jurídico.

Estes institutos normativos distintos das regras jurídicas são classificados por Dworkin como princípios e políticas. A política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (2002, p. 36). Já o princípio é um padrão a ser observado, uma conduta descrita genericamente, “porque é uma exigência de justiça, ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (2002, p. 36). Não obstante esta diferenciação, persistem casos em que os princípios e a política se confundem, na hipótese de princípios com objetivos sociais, como são os princípios trabalhistas e outros sociais (direitos sociais).

No caso dos princípios não se tem uma determinada solução prescrita pelo instituto, como ocorre com a norma que prescreve uma conduta, mas os princípios tão somente expressam uma orientação, pois os princípios “entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula.”(DWORKIN, 2002, p. 39). A principal tarefa de Dworkin é separar os conceitos de princípios e regras, uma vez que tal distinção possibilita a crítica central ao positivismo jurídico<sup>76</sup>. Para o autor a diferenciação é lógica, ocorrendo na maneira de aplicação:

As regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Os princípios, ao contrário, não têm aplicação integral e exclusiva, posto que podem ser válidos e inaplicáveis à situação em análise ou válidos e parcialmente aplicáveis.

---

<sup>76</sup> Dworkin assume uma postura liberal do Direito, pois reconhece “Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito” (2002, p.VII). Mas, sua visão liberal é crítica tanto do positivismo jurídico como do utilitarismo (2002, p.VIII). O autor se define como liberal crítico, pois resgata a “velha idéia dos direitos humanos individuais” (2002, p.VIII). Situa sua justificativa na Teoria da Justiça de Jonh Rawls, caracterizando os direitos individuais como axiomáticos e fundamentais, eis que são garantes do preceito de que as leis não devem produzir desigualdade sem justificativa relevante - right to equal concern and respect (2002, p.XVI).

Dworkin sustenta que “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas” (2002, p. 40).

Outra diferenciação encontra-se na assertiva de que os princípios têm dimensão de peso (DWORKIN, 2002, p. 42). Isto revela que, na colisão de princípios, há que se mensurar qual deles é mais importante, clamando por um raciocínio ponderativo. Nas regras, que não possuem a dimensão de peso (DWORKIN, 2002, p. 43), o argumento da importância não supera o tradicional critério da prevalência da norma com maior hierarquia na situação de conflito. Ou seja, a mensuração da importância da regra, no caso concreto, de nada colabora na aplicação do Direito, como ocorre no Direito do Trabalho..

De acordo de Robert Alexy, a distinção principal entre regras e princípio situa-se no fato de que os últimos são mandados de otimização. Significa que “principios son normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (ALEXY, 2002, p. 86) e que, desse modo, são concretizados em diferentes graus<sup>77</sup> conforme a facticidade e juridicidade do caso. As regras, antagonicamente, emanam determinações (comando de condutas exatas), pois “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (ALEXY, 2002, p. 87). Seguindo o critério de generalidade de Robert Alexy, Walter Claudius Rothenburg caracteriza:

[...] os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrado por meio de interpretação/aplicação, sobre modo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e administrativas), ao passo que as demais normas (regras) possuem menor grau de abstração e mais alta densidade normativa. (ROTHENBURG, 2003, p. 16-17).

A prevalência dos princípios sobre as regras é relativa, uma vez que a maior abstração da diretiva dos princípios em relação às regras poderia ensejar a plenitude da insegurança e incerteza quanto às possibilidades interpretativas. A relatividade decorre do caráter não absoluto dos princípios e da flexibilidade na solução dos conflitos entre princípios e regras. Não obstante o predomínio dos princípios, não há como se qualificar a

---

<sup>77</sup> Robert Alexy reconhece que sua distinção se aproxima daquela formulada por Dworkin (2002), contudo afasta-se quando considera os princípios mandados de otimização.

prevalência como indefectível, em atenção à diretriz da incompletude, historicidade e limitação da própria ciência<sup>78</sup>. Além disto, nas situações de conflito de normas jurídicas (princípios x princípios; norma x princípios), a eleição da norma subjacente é resultado da ponderação de pesos e valores do intérprete, considerando o contexto real (social, político, econômico) e o momento histórico.

Dessa forma, a interpretação, que a *priori* baseia-se na prevalência dos princípios, não segue um curso linear, pode acolher a regra jurídica em detrimento da norma, em atenção ao contexto e à historicidade. A relatividade também é resultado da qualidade instigadora dos princípios. Neles há uma ordenação de uma direção, mas sem ditar o caminho exato para tal direção<sup>79</sup>, como ocorre nas regras. Destarte, o cumprimento dos princípios ocorre em graus diferentes do que das regras.

Mesmo com toda a contribuição da função contemporânea normativa, os princípios, tidos como proposições fundamentais, não têm sido tão basilares para os aplicadores do Direito, que os têm relegado para segundo plano. “Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos quer permitam melhor compreendê-los e aplicá-los” (ÁVILA, 2003, p. 17). Neste sentido, qualquer intento de repensar os princípios deve se pautar por transformar em norma jurídica eficaz e efetiva a mera possibilidade do Direito<sup>80</sup>.

Para operar esta viragem em direção à aplicabilidade e efetividade dos princípios, há que se superar o lugar-comum<sup>81</sup> da distinção entre regras e princípios que tem como eixo a ponderação. Humberto Ávila (2003), na crítica do lugar-comum, relata que a ponderação também ocorre nas regras e que a distinção falha quando se limita ao plano interpretativo

---

<sup>78</sup> A modernidade, neste particular, demonstrou a inaptidão da ciência na tentativa de produzir verdades absolutas (SANTOS, 2003).

<sup>79</sup> “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao de outras razões, para a tomada de decisão.” (ÁVILA, 2003, p. 69).

<sup>80</sup> “A matéria bruta utilizada pelo intérprete – texto normativo ou dispositivo – constitui mera possibilidade do direito. (ÁVILA, 2003, p. 16).

<sup>81</sup> “Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre regras e princípios. Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo aplicador decidir qual deles possui maior peso.” (ÁVILA, 2003, p. 18).

abstrato. A distinção é construída exclusivamente no plano teórico<sup>82</sup> e abstrato, ignorando a indispensável contribuição do plano fático e concreto para a qualificação das normas jurídicas e sua efetivação.

Desse modo, é preciso identificar uma distinção entre regras e princípios no caso concreto e não abstratamente. Humberto Ávila (2003) propõe uma dissociação heurística, que rejeita o valor empírico (focado no objeto da interpretação) ou no valor conclusivo (fórmulas dogmáticas e subjuntivas com respostas prévias). Ao contrário, propõe algo como “um modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2003, p. 60).

Esta proposta heurística articula-se a partir de algumas idéias. Inicialmente, deve-se conceber que os enunciados normativos são pluridimensionais, isto porque as regras, quando prescrevem certas condutas, terminam, também, indicando uma finalidade (princípios), podendo ser, concretamente, aproximadas dos princípios<sup>83</sup>. Humberto Ávila (2003), retirando a força antagônica e excludente da dicotomia princípios *versus* regra, sinaliza uma perspectiva alternativa, plural e inclusiva quando agrega uma terceira categoria: os postulados, que são “instrumentos normativos metódicos”. (ÁVILA, 2003, p. 62-63). Neste quadro, têm-se três figuras: os princípios, de caráter finalístico; as regras, de caráter comportamental; os postulados, de caráter metódico<sup>84</sup>. Caracterizar o conceito de postulado normativo como uma metanorma ou norma de segundo grau, eis que dedicam-se a estruturar a aplicação das normas que são comportamentais (regras) ou finalísticas (princípios), ou seja “estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não

---

<sup>82</sup> “Ao fazê-lo, elegem critérios abstratos de distinção que, no entanto, podem não ser – com frequência não o são – confirmados na aplicação concreta. Com isso, a classificação, em vez de auxiliar na aplicação do Direito, termina por obstruí-la. Em vez de aliviar o ônus de argumentação do aplicador do Direito, elimina-o.” (ÁVILA, 2003, p. 57).

<sup>83</sup> “Ora, o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar uma fundamentação de princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado [...]” (ÁVILA, 2003, p. 61)

<sup>84</sup> “As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto que as regras são normas imediatamente descritivas, na medida que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.” (ÁVILA, 2003, p. 63).

prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de relacionamento e de argumentação relativamente a normas” (ÁVILA, 2003, p. 81).

Os postulados funcionam, então, como meios orientadores da aplicação dos princípios e regras. Mandamentos que têm dificuldade de se enquadrar<sup>85</sup> nos tipos legais de regras e princípios, como a razoabilidade, devido processo legal, proporcionalidade, são exemplos de postulados normativos aplicativos, conforme ensina Humberto Ávila para quem, “Os postulados normativos são estruturam a aplicação de outras normas” (2003, p. 83).

Tais contribuições conformam uma guinada principiológica. Mesmo com potencial interpretativo caracterizado pelas classificações e distinções entre regras e princípios, ou mesmo com a inclusão dos postulados normativos, resta como maior contribuição da guinada principiológica, independentemente da classificação que se adote, é o saldo da força normativa dos princípios. Em todas as distinções (Esser, Dworkin, Alexy, Ávila), os princípios (e postulados) têm força normativa e vinculação.

Sem embargo da multiplicidade de concepções sobre a matéria, há pelo menos o consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. (BARROSO, 2003, p. 294).

A vinculação aos princípios é talvez uma das grandes rupturas com o positivismo e o formalismo jurídico, capaz de contribuir para o ressurgir do Direito perante sua crise. Os princípios são, desse modo, indispensáveis para a interpretação. “Os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas” (BARROSO, 2003, p. 316-317).

Firmada a distinção ente princípios e regras, outra diferenciação torna-se necessária ante a proximidade entre as idéias de princípios e valores. Os princípios são, como caractere essencial, deontológicos, isto é, emanam abstratamente condutas ou vedação de condutas. Vide conceito de Robert Alexy (2002) que lhes atribui a idéia de mandados de otimização.

---

<sup>85</sup> “As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles a inserem em tais categorias” (ÁVILA, 2003, p. 82). Prossegue o autor indicando que para a proporcionalidade existem diversos enquadramentos, como de regra específica, princípio de legitimação, entre outros.

Os valores não possuem caractere deôntico, mas axiológicos, posto que constituem direção (para o bom ou melhor) a ser tomada. Muito mais intensamente do que os princípios, os valores vinculam-se às ideologias. Além disto, os valores interferem e orientam os próprios princípios (e que, por isso, não deixam de ter carga axiológica). Todavia, na interpretação, os princípios sobrepõe-se aos valores por serem mais concretos, como diz José Felipe Ledur<sup>86</sup>. A guinada principiológica prepara o terreno argumentativo para uma principiologia normativa na Constituição.

#### **5.4. Uma principiologia constitucional normativa.**

O fortalecimento do debate constitucional acalentou concepções mais vinculantes e fortalecedoras da Constituição, culminando no que se chama constitucionalismo moderno. José Joaquim Gomes Canotilho, observando que são vários os movimentos constitucionalistas, esmera a sua definição: “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade” (CANOTILHO, 1999, p.47). Ressalve-se que, mesmo não tendo tal objeto de estudo, a presente pesquisa descarta que este constitucionalismo moderno<sup>87</sup> é o cenário para a força normativa dos princípios e do repensar do princípio da proteção.

Como foi evidenciado, os princípios eram classificados como orientações sem qualquer efeito vinculante, sem gozar da mesma força que existe nas demais regras jurídicas. Hodiernamente, os avanços da doutrina que assevera uma função normativa dos princípios não obtiveram, ainda, a hegemonia no plano da decisão judicial, ou seja, apesar da aderência da força normativa no plano acadêmico, muito pouco se vê nos juízos de primeira instância, tribunais regionais ou estaduais e, uma incipiente utilização nos tribunais superiores dos princípios.

---

<sup>86</sup> “Princípio e valor diferem, pois, na medida em que o primeiro indica o que é devido, o segundo aponta para o que é referência, por ser melhor. Nem sempre o devido coincide com o que é a referência, situação em que, evidentemente, o princípio prevalecerá sobre o valor.” (LEDUR, 1998, p. 47).

<sup>87</sup> “[...] o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política [...]”. (CANOTILHO, 1999, p. 47).

Walter Claudius Rothenburg afirma que os princípios constitucionais sucederam a idéia de princípios gerais do Direito<sup>88</sup>, que eram normalmente implícitos e presumíveis pela doutrina. A enumeração das diretrizes e mandamentos constitucionais, realizada pelo Poder Constituinte, confere substrato aos antigos princípios gerais do Direito.

Para se defender uma força normativa dos princípios constitucionais do trabalho deve-se, inicialmente, reconhecer que, apesar da consagração e valor máximo da norma constitucional, não se tem verificado sua efetividade. Luis Roberto Barroso explica: “A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata.”(BARROSO, 2003, p. 284).

Outro componente da inefetividade é a adoção, pelos gestores do Estado, de políticas guiadas pelo velho liberalismo, que exigem menor atuação do Estado (menor prestação positiva dos Direitos Sociais) em favor de uma liberdade (formal) no campo das relações privadas. A política neoliberal é, então, responsável direta pela inefetividade, como acentua José Felipe Ledur:

As normas jurídicas, voltadas para a proteção dos direitos sociais, sejam elas internacionais, sejam internas ao Estado, não têm sido observadas pelos que vêm gerenciando a economia nesses níveis. A questão reside, pois, na opção política a ser feita pelos Estados Nacionais, pelos organismos internacionais e pela Sociedade, para que as necessidades básicas de toda a população possam ser atendidas. (LEDUR, 1998, p. 145).

Verifica-se, nestes termos, um complexo conflito entre uma Constituição\_Social, que prega direitos sociais materializados pela intervenção estatal, com uma política econômica que implementa uma redução da atuação do Estado no plano dos Poderes Executivo e Legislativo, recalcitrando, intencionalmente, no seu dever de elaborar leis complementares e específicas que regulamentem os direitos sociais. Neste conflito entre o programa do Estado (previsto na Constituição) e a política do governo, há que se defender a Constituição, porque muito mais representativa dos anseios sociais, uma vez que é a norma fundamental e fundante do próprio Estado, do que uma gestão economicista.

---

<sup>88</sup> “Parece, assim, que os princípios constitucionais outros não são que os “velhos conhecidos” princípios gerais do Direito (de um determinado Direito, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico.” (ROTHENBURG, 2003, p. 15).

Comentando o modelo de Direito Sociais de Robert Alexy, José Felipe Ledur aduz que a principal intenção do jurista alemão foi teorizar em favor da exigibilidade dos direitos sociais (LEDUR, 1998, p. 73). Trabalhando com o conceito de liberdade jurídica (no sentido de liberdades públicas), Robert Alexy (*apud* LEDUR, 1998, p. 74) sustenta que a liberdade jurídica só se justifica quando há liberdade fática (real) para que se possa efetivamente se valer da liberdade jurídica:

A liberdade fática não se satisfaz com a existência de normação acerca do poder jurídico de fazer determinada coisa. Nesse poder deve estar assegurada a possibilidade real de se exercer a liberdade. A liberdade fática não envolve a redução da liberdade formal à liberdade real. O que importa é que à pessoa sejam asseguradas as condições indispensáveis para que possa ser responsável por sua autonomia e, a partir daí, exercer a liberdade em renovas dimensões. (LEDUR, 1998, p. 74).

A utilização dos modelos de Robert Alexy conduz José Felipe Ledur à conclusão, que também perpassa a presente pesquisa, de que os direitos sociais especificamente dos direito do trabalho e ao trabalho, são vinculativos:

Do exame do modelo proposto por R. Alexy, conclui-se que os direitos fundamentais sociais são vinculativos, ou seja, vigem. A efetividade de direitos sociais *prima facie* somente pode ser afastada se houver razões jurídicas para tanto. Isso se define mediante modelo de ponderação de princípios opostos. (LEDUR, 1998, p. 78).

Sendo a Constituição depositária dos anseios e do programa de uma sociedade, o dever dos operadores jurídicos vincula-se a concretizar, na realidade, os preceitos constitucionais. Esta diretriz é denominada de princípio da máxima eficácia constitucional ou princípio da efetividade, como sustentam J. J. Gomes Canotilho<sup>89</sup> e Luis Roberto Barroso<sup>90</sup>.

Adverte Walter Claudius Rothenburg que, sendo os princípios carregados de valores (leia-se ideologias), devem os operadores do direito encampar<sup>91</sup> tais ideologias. “É

---

<sup>89</sup> “A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais [...]” (CANOTILHO, 1999, p. 1149).

<sup>90</sup> “O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.” (BARROSO, 2003, p. 316).

<sup>91</sup> “Os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção” (ROTHERBURG, 2003, p. 83).

preciso, portanto, assumir inteiramente as decisões políticas fundamentais (políticas em sentido amplo) expressas pelos princípios constitucionais.”(ROTHNBURG, 2003, p. 79).

Esclarece-se que a Constituição de 1988 foi forjada no processo mais legítimo e representativo da história brasileira, sendo a mais democrática norma fundamental da história do constitucionalismo nacional (BARROSO, 2003, p. 285). Esta Constituição promoveu novas leituras<sup>92</sup> e interpretações do ordenamento infraconstitucional guiadas pelos princípios, valores e objetivos constitucionais.

Nesta linha, sustenta-se que a interpretação constitucional funciona mediante a técnica da ponderação, fundada no “balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas” (BARROSO, 2003, p. 300). O autor em comento indica três fases nesta técnica ponderativa. A primeira almeja identificar, no ordenamento jurídico, a norma jurídica, delineada como um dispositivo (enunciado de conduta) ou a conjugação de vários dispositivos. Adiante, examina-se os fatos e suas circunstâncias de maneira a interagir com a norma identificada anteriormente, posto que somente nesta interação pode-se verificar o real sentido<sup>93</sup> da norma. Na terceira e última etapa, é que se concretiza verdadeiramente a ponderação, eis que se tem que mediar, perante o grupo de normas identificadas (e normalmente são várias e conflitantes) e a partir da facticidade examinada, as normas a serem aplicadas e a decisão a ser tomada. Cumpre explicitar que a ponderação tem como pressuposto, que se destaca na terceira fase, a pluralidade de possibilidades interpretativas.

Luis Roberto Barroso assim explica:

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade de solução escolhida, cabe aqui decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. (BARROSO, 2003, p. 301).

---

<sup>92</sup> “A Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. [...] A efetividade da Constituição foi a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional” (BARROSO, 2003, p. 285-286)

<sup>93</sup> “Embora os princípios e regras tenham sua existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido” (BARROSO, 2003, p. 300-301).

Na técnica interpretativa apresentada acima, há notório espaço para uma discricionariedade do intérprete, o que não chega a ser, em si, algo prejudicial, justamente pelo papel inafastável da subjetividade na hermenêutica, demonstrando pela hermenêutica contemporânea em Hans-Georg Gadamer (2005). O problema reside na limitação do espaço de subjetividade, isto é, na necessidade de justificação e argumentação a partir da ordem jurídica. É esta a ressalva de Luis Roberto Barroso à ponderação: “Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer” (BARROSO, 2003, p. 303).

Chega-se, então, ao debate sobre a teoria da argumentação, que formula a seguinte questão: qual a argumentação jurídica correta (ou a mais verossímil) no seio de uma multiplicidade de possibilidades interpretativas? Luis Roberto Barroso prefere formular assim o problema:

Se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor que a outra? (BARROSO, 2003, p. 305).

Na tentativa de responder a dúvida sobre a justificação da argumentação, algumas pistas são encontradas. A primeira remonta à relação argumentação e ordem jurídica, considerando que o ordenamento jurídico é o palco em que se apresenta a argumentação. Disso conclui-se que a interpretação deve ser apoiada e sustentada na ordem jurídica. A lei não ser tida como simples adereço, meramente acessório e secundário na hermenêutica.

Outra pista importante é a explicitação da argumentação-motivação. É a publicização do raciocínio argumentativo, demonstrando os passos dados na técnica ponderativa e, com isso, resta possível uma valoração-comparação sobre estes, com a finalidade de se verificar se foram os mais adequados, necessários e proporcionais. “Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Esta evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvem a técnica da ponderação [...]” (BARROSO, 2003, p. 306).

## **5.5. Princípio da proteção: proporcionalidade, ponderação e constitucionalismo.**

Firmadas as notas definidoras dos princípios, cumpre, agora, enfrentar os dispositivos constitucionais atinentes ao juslaboralismo. A dignidade humana, consagrada como fundamento da República no artigo primeiro, inciso terceiro, apresenta-se como o principal princípio, com manifesta repercussão no Direito Laboral. O princípio da dignidade humana, sendo fundamento da Constituição, deve ser concebido como “o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais” (BARROSO, 2003, p. 317).

O princípio da dignidade humana transcende o seu conteúdo original – integridade física e moral e das liberdades públicas (direitos civis e políticos) – para afirmar sua dimensão de acesso às condições materiais de subsistência (direitos sociais e econômicos). Neste ponto, o Direito do Trabalho, na sua índole protecionista, é um dos grandes concretizadores do princípio da dignidade, ao estancar a perversidade da liberdade de trabalho e desigualdade econômica com medidas protetivas irrenunciáveis. O ideal de repensar o princípio da proteção, com vistas a ratificar seu caráter protetivo, reside juridicamente no princípio da dignidade humana que, como demonstrado, na qualidade de princípio, vincula os intérpretes, devendo ser manejado a par da racionalidade ponderativa.

No plano da dogmática, pouco se dá importância à dignidade humana. Raras são as sentenças que mencionam ou utilizam tal princípio como fundamento de suas decisões. Na discussão conceitual sobre a dignidade humana, José Felipe Ledur resgata em Emanuel Kant uma diretiva que, mesmo não conceituando diretamente, expressa seu conteúdo. “Kant inclui ente os postulados sob imperativo categórico, que devem reger a conduta moral da pessoa, o de tratar o outro como fim e não como meio” (LEDUR, 1998, p. 89). A partir da diretiva kantiana, José Felipe Ledur prossegue formulando um conceito filosófico:

A dignidade, do ponto de vista filosófico, pode ser definida, em termos sucintos, como o valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e de incidir livremente no mundo exterior, sob o imperativo categórico. (LEDUR, 1998, p. 90).

Do preceito constitucional sobre o valor social do trabalho (art. 1º, IV), extrai-se, no entender de Leonardo Bocorny, dois significados: o primeiro liga-se à consecução da dignidade humana, valendo-se do trabalho como meio para a obtenção de dignidade, em outras palavras, o trabalho confere dignidade; o segundo implica finalidade de produção de riqueza, bens e serviços pelo trabalho, que são indispensáveis ao desenvolvimento econômico e social. Leonardo Bocorny explica:

O princípio da valorização do trabalho, agora elevado ao *status* constitucional, determina que o desenvolvimento seja orientado nas duas perspectivas já explicadas: social e econômica. Pretende-se assim evitar os abusos cometidos no passado e buscar a construção de uma sociedade mais justa, fraterna, tal como é objetivo das democracias contemporâneas. (BOCORNÝ, 2003, p. 71).

Os demais preceitos constitucionais quando conjugados induzem latentemente a uma postura protetiva. O artigo segundo da Constituição, ao preconizar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 2º, I) que erradica a pobreza e a marginalização com a redução das desigualdades (art. 2º, II), para promover o bem de todos (art. 2º, III) quando dirigido às relações de trabalho implica proteção dos hipossuficientes. O artigo quinto, ao elencar os direitos fundamentais, clama por uma igualdade não só formal, mas substancial, que somente é atingida, nas relações laborais, mediante tutela protecionista ante a disparidade entre trabalhadores e empregadores. Registre-se que o artigo sexto assegura o *direito ao trabalho*, conformando-se como o direito de trabalho, ou seja, de ter o meio de sobrevivência digna, o qual deve ser reforçado em atenção imenso número de desempregados que não tem este direito fundamental implementado. Os artigos sétimo, oitavo, nono e décimo primeiro dispensam comentários, porque já representam em si medidas protetivas.

No capítulo da ordem econômica, a Constituição, dispondo sobre os princípios gerais, afirma que estes são fundados “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, unguídos pelos “ditames da justiça social” (art. 170, *caput*), para estipular alguns princípios sobre a matéria, inclusive a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). No artigo 193, ao regular a ordem social, estabelece que esta tem “como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193, *caput*).

Todavia, em muitos casos, no plano abstrato-teórico, tais preceitos colidem. Em especial, a valorização do trabalho com a livre iniciativa e direito de propriedade. Em

verdade, convivem conflituosamente os citados fundamentos na relação capital-trabalho, posto que tal relação é ontologicamente antagônica (MARX, 1954). De fato, a Constituição brasileira traduz em seus dispositivos uma tensão permanente entre capital-trabalho decorrente da mesma tensão na sociedade, expressada na colisão persistente entre valor social do trabalho e direito de propriedade. Contemporaneamente, a solução para esta tensão deve ser amparada pela proporcionalidade.

Neste ponto, defende-se um postulado normativo (ÁVILA, 2003) ou uma proporcionalidade para tal princípio que funcionaria, *a priori*, embora esteja aberta, pela ponderação, a aceitar a sua não aplicabilidade pela facticidade. Tal postulado deve perfilar na trilha da dignidade humana e na conjugação de todos os dispositivos constitucionais mencionados, porque sua totalidade atua normativamente nessa colisão. A atuação normativa é traduzida na afirmativa de que, na colisão entre o valor social do trabalho e da livre iniciativa, prevalece aprioristicamente o valor social do trabalho, porque compromissário e instrumento para a própria dignidade humana e da totalidade de preceitos de valorização do trabalho (ou melhor, do trabalhador).

Destarte, convém percorrer as idéias de ponderação e proporcionalidade. Robert Alexy constrói uma lei para a ponderação. “De acuerdo com la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” (ALEXY, 2002, p. 161). Nesta direção, a precedência condicionada de um princípio sobre outro é produto da ponderação, desde que não assimilada como um procedimento unidirecional que subjulga uma norma sobre outra, eis que o condicionamento pode ser invertido.” Ya del concepto de principio resulta que em la ponderación no se trata de una cuestión de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización” (ALEXY, 2002, p. 166). Constata-se a proximidade<sup>94</sup> entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade<sup>95</sup>. Cumpre, então, discutir o princípio da proporcionalidade e suas implicações no Direito do Trabalho.

---

<sup>94</sup> José Joaquim Gomes Canotilho conceitua o princípio da proporcionalidade como uma justa medida. “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, 1999, p. 265).

<sup>95</sup> Em Gilmar Mendes identifica-se o seguinte conceito: “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). (1998, p. 68)

Entende-se estritamente o princípio da proporcionalidade como aquele que visa a estruturação/aplicação da decisão para a colisão de normas, produzindo o resultado no qual as vantagens auferidas superam as desvantagens provocadas (ÁVILA, 2003, p. 102). Nisto difere da razoabilidade, porque esta última não se baseia numa relação de causalidade, que é essencial à proporcionalidade<sup>96</sup>.

O princípio da proporcionalidade, ou postulado, segundo Humberto Ávila, tem recebido bastante atenção, especialmente na função de controle dos atos do Poder Público. Cumpre, todavia, categorizar tal princípio com o fim de entender-se devidamente suas diversas manifestações, que são três: proporcionalidade-adequação, quando o meio utilizado promove o fim, o meio adequar-se ao fim; proporcionalidade-necessidade, quando o meio escolhido entre os demais representa o melhor, por ser o menos restritivo de direitos fundamentais; proporcionalidade (estrita), quando as vantagens auferidas são superiores às desvantagens<sup>97</sup>. Extrai-se, portanto, que o postulado da proporcionalidade<sup>98</sup> circunda a idéia de fim<sup>99</sup>.

Pode-se até alegar que a técnica ponderativa (BARROSO, 2003) é, de fato, a aplicação do próprio postulado da proporcionalidade. Todavia, Luis Roberto Barroso rejeita isto dizendo que “a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes em uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita” (BARROSO, 2003, p. 303). Ou seja, a ponderação, sendo somente técnica, não lida com o conteúdo, como se faz o princípio da proporcionalidade. Em Robert Alexy, as figuras das teorias dos princípios, sua força normativa, a proporcionalidade, a ponderação e a argumentação cingem-se como medida não dogmática ou positivista, para a construção das bases de interpretação jurídica contemporânea:

---

<sup>96</sup> E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. (ÁVILA, 2003, p. 102).

<sup>97</sup> Pode-se entender o princípio da proporcionalidade “no princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)”. (MENDES, 1998, p. 68)

<sup>98</sup> Robert Alexy diferencia as três acepções da proporcionalidade, quando assimila que a proporcionalidade, enquanto necessidade e adequação, dirige-se à ao exame da facticidade, sendo que a proporcionalidade, em sentido estrito, destina-se ao debate da juridicidade. (ALEXY, 2002, p. 111-112).

<sup>99</sup> “Se uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico);” (ÁVILA, 2003, p. 106)

El modelo de la ponderación, basado em la teoría de los principios, puede dar una respuesta tal al vincular la estructura formal de la ponderación com una teoría de la argumentación jurídica, que incluye una teoría de la argumentación práctica general. (ALEXY, 2002, p. 169).

Perante o contraponto do valor social do trabalho com a livre iniciativa (e direito de propriedade), Leonardo Bocorny (2003) formula uma perspectiva para uma compatibilização dos princípios constitucionais. Sua proposta pugna pela prevalência do conteúdo social da valorização do trabalho, quando houver interesse nacional, ou condições fáticas que o justifiquem<sup>100</sup>. A *contrario sensu*, prevalece a livre iniciativa (conteúdo econômico) sobre a dignidade do trabalhador. Numa direção protecionista, não há como corroborar com isto, eis que a colisão dos princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa é resolvida, como se apreende com o postulado da proporcionalidade, pelo sopesamento destes princípios associado à análise das circunstâncias do caso concreto. Assim, o valor social prevalece sobre a livre iniciativa.

O raciocínio descrito é tão somente a (re)formulação, através da força normativa e vinculante dos princípios, do princípio da proteção do hipossuficiente. Ora, o imperativo de dignidade humana, numa dimensão valorativa, é muito mais próximo do valor social do trabalho do que da livre iniciativa. Este postulado é reafirmado quando se observa a realidade do trabalho e das condições socioeconômicas do trabalhador brasileiro que comprovam a sua flagrante hipossuficiência.

Confirmada a hipossuficiência, não resta outra tarefa ao intérprete senão a de, no conflito conjecturado, subjugar a livre iniciativa para enaltecer a valorização social do trabalho, concretizando o postulado da proteção trabalhista como mecanismo de acesso à dignidade humana.

Entretanto, a técnica ponderativa ensina que, em certas situações, um certo postulado não é aplicável. Quando as particularidades e complexidades da realidade fática recomendam, a partir de juízo ponderativo, não se aplica o postulado protetivo. Em verdade, a referida exceção, justificada pela facticidade, não representa a minoração do postulado, mas tão somente uma concepção deste não dogmática ou absoluta.

---

<sup>100</sup> “A Constituição de 1988, introduzindo o paradigma do Estado Democrático de Direito, não eliminou por completo a possibilidade de intervenção estatal na ordem econômica. Dessa forma, o dirigismo da economia é abandonado e a intervenção se opera apenas em hipóteses que se justifiquem pelas condições do mercado.”(BOCORNY, 2003, p. 83-84).

Sinteticamente, a proporcionalidade defendida nesta dissertação é a (re)afirmação do princípio da proteção como ontologia do juslaboralismo, única posição concernente à pauta constitucional principiológica. Pode-se dizer até que a própria Constituição “constitucionalizou” o princípio da proteção, posto que hierarquizou a dignidade humana a frente do valor social do trabalho e da livre iniciativa (que realça o anterior sobre o último), quando no artigo quarto planeja e impõe ao ordenamento jurídico o fim das desigualdades. Destarte, tais preceitos somente são realizáveis nas relações de trabalho, mediante uma proporcionalidade protetiva.

A flagrante manifestação do princípio da proporcionalidade no âmbito laboral apresenta-se, primordialmente, nos conflitos entre poder diretivo (e sua faceta disciplinar) frente ao direito de resistência do empregado. Nesta situação, os princípios constitucionais da livre iniciativa e propriedade privada – fundamento do poder diretivo – colidem com os princípios da dignidade humana e valor social do trabalho – fundamento do direito de resistência. A solução do referido impasse somente se fará mediante a proporcionalidade, no sentido estrito, única racionalidade jurídica capaz de compor os mandados de otimização conflitantes. É o que registra o professor espanhol Edurne Terradillos Ormaetxea:

El respecto a la dignidad del trabajador se alza em limitación del poder de dirección [art. 18, 20.3 y 50.1 a ET], y no debe hacerse um gran esfuerzo para dotarlo de contenido a fuerza de vincularlo com los derechos fundamentales reconocidos em la própria Constitución. Com todo y com eso, el basamento del principio de proporcionalidad em la dignidad de la persona reviste a aquél de unas especiales propiedades, cuando menos hermenêuticas, em orden a que esta materia nuestra se invada de sua savia interpretativa. (ORMAETXEA, 2004, p. 38).

A par disto, as medidas disciplinares aplicadas pelo empregador, com amparo no poder disciplinar, devem guardar proporcionalidade, no sentido da adequação e exigibilidade, sob pena de serem invalidadas. O caso do monitoramento dos e-mails também é paradigmático, eis que coloca, de igual modo, princípios constitucionais em choque, quais sejam: direito de propriedade x sigilo das correspondências e privacidade. Os Tribunais Regionais do Trabalho e o próprio Tribunal Superior do Trabalho têm julgado a matéria<sup>101</sup> mediante o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>101</sup> “RR - 613/2000-013-10-00. [...] A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada. A referida teoria, portanto, tem por objetivo

Além desta interpretação premente, pode-se vincular os conceitos de princípio da proporcionalidade com a ontológica orientação protetiva do Direito do Trabalho. Assim constata Edurne Terradillos Ormaetxea:

El criterio de ponderación de las normas tiene nombre y apellidos em el campo del Derecho del Trabajo: “*in dubio pro operario*”. La función de tutela y garantía del trabajador que debe presidir la emanación de normas de contenido social debe extenderse de igual manera al campo de la aplicación e interpretación del Derecho. (ORMAETXEA, 2004, p. 101).

A professora francesa Isabelle Cornesse pensa, da mesma forma, afirmando: “A proporcionalidade está, desta maneira, estritamente ligada à política de proteção aos direitos da pessoa e às liberdades individuais e coletivas. Só esse domínio, faz hoje o objeto de uma verdadeira consagração da proporcionalidade” (CORNESSE, 2001, p. 30). Prossegue: “a proporcionalidade se apresenta agora como instrumento ideal dentro da procura do equilíbrio em que se permita a conciliação dos interesses divergentes” (CORNESSE, 2001, p. 73). Porém, a significação proporcionalidade-equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e patrões, articulada pela professora francesa, não condiz com a realidade da persistente hipossuficiência brasileira, não possibilitando a acolhida de sua idéia no contexto nacional. Alian Supiot (*apud* CORNESSE, 2001, p. 29) estabeleceu três fases para o direito laboral no século passado (hegemonia dos trabalhadores até os anos 60; hegemonia das empresas dos anos 60 aos 90; fase do equilíbrio a partir dos anos 90) considerou a realidade europeia, enquanto que, no Brasil, mesmo antes da consolidação da hegemonia dos trabalhadores (impossibilitada pelo atrelamento da organização coletiva ao Estado), viu-se, com eminência, as medidas flexibilistas (vide Capítulo Crise do Direito do Trabalho) que não permitiram no Brasil qualquer hegemonia dos trabalhadores.

Trata-se de afirmar hegemonia da valorização do trabalhador. A justificativa para a prevalência do princípio da proteção no conflito de regras e princípios, é, de igual maneira, encontrada, em José Afonso da Silva quando afirma que:

---

sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida. [...]” (TST, 2006).

Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social do trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana [...] (SILVA d, 2005, p. 289-290).

A proteção trabalhista é reafirmada, desse modo, pela continuidade da hipossuficiência, como também a partir de uma ponderação/proporcionalidade protetiva que indica um resgate dos princípios da norma mais favorável, condição mais benéfica, *in dubio pro operario*, que funcionam como metanormas (postulados) nos conflitos de normas, de princípios e na análise da situação concreta. As contribuições da proporcionalidade, ponderação e função normativa dos princípios, confirmam, no Direito do Trabalho, os clássicos princípios protetivos, sob nova roupagem.

Contudo, a proteção até aqui defendida somente tem se aplicado aos trabalhadores subordinados, consoante ensinamentos da doutrina. A cartografia estatística introdutória a este capítulo demonstrou que, apesar do decréscimo do trabalho autônomo para a empresa, existe um grande contingente de trabalhadores não protegidos (formalmente autônomos ou não enquadrados na tipologia - outros), que, envoltos na situação econômica da hipossuficiência (dependência), também carecem de proteção. Para o entendimento destes trabalhadores, que se afirmam pela negativa (não-empregados), cumpre, em princípio, adentrar em um importante movimento juslaboral, que, talvez, poderá fornecer uma saída para os trabalhadores sem proteção, especialmente pela nova competência da Justiça do Trabalho.

## **5.6. O Expansionismo do Direito do Trabalho e as implicações da nova Competência da Justiça do Trabalho (EC 45).**

A noção de expansionismo juslaboral é bastante antiga, inclusive Eugênio Perez Botija (1947, p. 128) já aludia o caráter expansivo do Direito do Trabalho em três direções: intensidade, extensão territorial e extensão pessoal<sup>102</sup>.

O Direito do Trabalho, sob o prisma filosófico do liberalismo, iniciou sua intervenção nas relações privadas de trabalho para regular protetivamente o trabalho da mulher e do menor. Em 1802, o Deputado Inglês Robert Peel conseguiu a aprovação da Lei de sua autoria que limitava o trabalho do menor a doze horas diárias, sendo à época uma grande conquista. É que, em razão da singularidade da mulher e da condição ainda não desenvolvida do menor, o intervencionismo estatal justificava-se sem ferir o liberalismo hegemônico, como medida de polícia. Adiante verifica-se:

O Estado Liberal, perdendo, paulatinamente, a cerimônia dos invioláveis princípios, estendeu a proteção em determinadas matérias aos trabalhadores ou operários da indústria, sem distinção de sexo ou idade. As primeiras leis que surgiram para os operários *adultos* da indústria regulavam a duração do trabalho, a jornada. Prosseguindo na sua faina regulamentar, o Estado foi graduando o seu intervencionismo por etapas sucessivas, através de períodos históricos em que se gizaram as fases de evolução deste Direito. (GOMES e GOTTSCHALK; 2005, p 32-33, grifo nosso)

Numa breve análise do direito estrangeiro, cumpre registrar a noção expansionismo em dois países que influenciariam o Direito do Trabalho nacional, mediante referência à doutrina local. Na Espanha, Manoel Alonso Olea sinaliza o expansionismo, ainda que se referindo às questões de acidente e previdência social. “Que as normas imperativas do Direito do Trabalho, [...] ampliem sua abrangência, abarcando também a tais trabalhadores, é, pois, uma imposição da realidade e necessidade sociais.” (OLEA, 1969, p. 146)

No Direito Italiano, o expansionismo do Direito do Trabalho manifesta-se para relações de trabalho aprendiz, trabalho a domicílio e empreitada de simples mão-de-obra, a partir de regulações emanadas do Contrato Coletivo. É esta a anotação de Luisa Riva Sanseverino, ao considerar este como “bastante representativos da tendência expansionista característica do Direito do Trabalho, considerado, sobretudo, no seu aspecto protetor do

---

<sup>102</sup> “El character expansivo del Derecho laboral es otro de los caracteres que suelen atribuirle los autores. Gallart pone de relieve cómo lo internacional es un factor que favoreve seu desarrollo. De Buen refiérese a un moderno Derecho de gentes, y no han faltado propósitos para elaborar o Código Internacional del Trabajo” (BOTIJA, 1947, p. 129)

trabalho subordinado.”(SANSEVERINO; 1976, p. 78). Nesta direção, Francesco Santoro-Passarelli afirmava:

[...] estão tutelados e resguardados pelo Direito do Trabalho, no qual é, todavia, assinalada uma tendência expansiva que revela, por ora, com a assimilação, para alguns efeitos, ao trabalho dependente de algumas formas de trabalho independente, caracterizadas por uma colaboração contínua do trabalhador com o empresário. (SANTORO-PASSARELLI,1973, p. 47).

Após a regulamentação do trabalho subordinado hegemônico, ocorre a regramento diferenciado de determinados trabalhadores, em razão do seu ofício ou profissão. Criam-se estatutos profissionais próprios, garantindo-lhes uma tutela própria atenta à sua condição específica ou forma de trabalho. A CLT define-o em seu artigo 511, § 3º da CLT, *ex vi*:

§ 3º - Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. (BRASIL, 2003)

Registre-se que, mesmo em 1943, a CLT estipulava a competência da Justiça do Trabalho para os feitos do pequeno empreiteiro ou artífice, nos termos do artigo 652, III. Apesar de não conceder, com tal dispositivo, uma proteção material, afirma-se que tal trabalhador, ao menos, obteve uma proteção em termos processuais, ao ter seus conflitos apreciados por Órgão do Judiciário especializado em relações de trabalho e, por consequência, mais capaz de compreender a lide em questão.

Até então, o Direito do Trabalho limitava-se a proteger os trabalhadores heterodigiridos nas atividades econômicas urbanas, ou seja, mesmo que laborando com dependência, os trabalhadores domésticos e rurais não gozavam da proteção trabalhista até a década de 1970. Não mais corroborando com tal discriminação, o Direito do Trabalho expandiu-se com o advento das Leis 5859/72 e 5889/73 para regular, ainda que com tutela bastante diminuta, o emprego doméstico e rural, respectivamente. Particularmente, a Lei do Trabalhador Rural criou uma situação bem peculiar no seu artigo 17<sup>103</sup>, uma vez que emanou a aplicação dos direitos trabalhistas aos trabalhadores rurais, ainda que não se enquadrem no conceito de empregado, desvelando um nítido expansionismo.

---

<sup>103</sup> “Art. 17. As normas da presente Lei são aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do art. 2º, que prestem serviços a empregador rural.”

No ano seguinte, a Lei 6019/74 instituiu o trabalho temporário, assegurando ao trabalhador temporário um salário equitativo com o empregado permanente. Não obstante, o caráter precário do temporário, há que se reconhecer que tal diploma legal corrobora com a isonomia salarial. Foi, também, disposto que competia a Justiça do Trabalho apreciar as lides decorrentes do trabalho temporário.

No bojo de uma Constituição Humanista, o artigo sétimo da Constituição vigente assegurou aos trabalhadores uma série de direitos, descritos em seus trinta e quatro incisos, inclusive aos rurais, temporários e alguns aos domésticos. Na esteira expansionista, a Constituição Federal garantiu, ainda, no inciso XXXIV (trinta e quatro), os mesmos direitos do empregado ao trabalhador avulso<sup>104</sup>. Destarte, o Direito do Trabalho deixa de ser regulador exclusivamente da relação de emprego para tornar-se regulador da relação de emprego e outras determinadas em lei, como avulso, rural, doméstico. Tal movimento realiza-se no seguinte sentido:

A expansão protecionista do Direito do Trabalho sofreu rápida e sensível evolução. Começada com os empregados industriais, estendeu-se aos demais, até aos rurais. E não parou ainda. Muito ao contrário: expande-se a trabalhadores economicamente fracos, mas juridicamente independentes (eventuais, avulsos autônomos, “pequenos empreiteiros”, etc); a empregados economicamente médios (gerentes, superintendentes, diretores, subdiretores etc, altamente remunerados); a trabalhadores capitalistas (diretores de sociedades anônimas, sócios-gerentes de outras sociedades comerciais, p. ex.); e mesmo a capitalistas não-trabalhadores, com dinheiro investido em sociedades comerciais, como sócios solidários e meros cotistas, o que não deixa de ser paradoxal (LOPS, art 5º, III, CLPS, art 5º, III e § 3º). (CATHARINO, 1982, p. 153).

A explicação para a tendência expansionista do Direito do Trabalho encontra-se no fato de que as relações de trabalho possuem um caractere singular: a força de trabalho do homem não se separa do próprio homem trabalhador. Isto é, o trabalho humano é indissociável do próprio homem. De fato, no objeto do contrato de trabalho tem-se a própria pessoa humana, porque “[...] o trabalho é inseparável do homem, da pessoa humana, confunde-se com a própria personalidade” (MORAES FILHO, 1991, p. 18).

---

<sup>104</sup> “A tendência que se vê na CF/88 de estender direitos trabalhistas a avulsos, alguns deles a domésticos e outros ainda a estatutários, não deixa de refletir, a nosso ver, a tendência universal da modernização do Direito do Trabalho.” (FERRARI, 1992, p. 73)

A afirmação da indissociabilidade entre o homem e seu trabalho é bastante acolhida na doutrina juslaboral nacional, como nas obras de Orlando Gomes e Élon Gottschalk (2005, p. 11), Evaristo de Moraes Filho (1991, p. 18). Na doutrina estrangeira, cumpre citar Manoel Alonso Olea (1969, p. 142), Francesco Santoro-Passarelli (1973, p. 1), como já visto no capítulo sobre a crise da subordinação jurídica.

Neste sentido, a regulação pelo ordenamento jurídico deve impor tratamento peculiar à relação de trabalho, não permitindo que o trabalho seja tratado como mercadoria, nos termos do Tratado de Versalhes de 1919, em seu artigo 427 e repetidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Destarte, a superação da crise deve ser executada através da ampliação ou expansionismo do Direito do Trabalho. Orlando Gomes e Elson Gottschalk esboçam uma projeção, quando se referem à noção de expansionismo no Direito do Trabalho, *ex vi*:

O expansionismo do Direito do Trabalho manifesta-se em sua tendência de alargamento de suas fronteiras, quanto às pessoas que devem reger. Esta tendência contemporânea se explica essencialmente pelo fato de ser o Direito do Trabalho uma legislação de proteção aos economicamente débeis.

O expansionismo do Direito do Trabalho é uma *realidade viva* na legislação, desde que esta se não queira divorciar da outra *realidade dinâmica*, que está na infra-estrutura da vida econômica e social (Rivero e Savatier). (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p 33).

Washington Trindade defende que “o Direito do Trabalho marcha para a regeneração de seu conteúdo e dos modos de sua realização” (2000, p. 1505). Em 1969, Mário De La Cueva identificava uma modificação nas formas de trabalho:

Estes e outros exemplos, como o movimento cooperativo e do artesanato, levaram os estudiosos, professores e, ainda, legisladores a investigar se não estaremos assistindo a uma **transformação do estatuto do trabalho**, a um trânsito deste direito que apenas esta a alcançar sua maturidade, **em direção ao sentido mais amplo**, o direito das prestações dos serviços, cujos cimentos se colocariam as idéias mais puras da exigência de uma existência digna e que seriam aplicadas, de forma diferenciada, segundo as peculiaridades das distintas maneiras de ser das atividades. (DE LA CUEVA, 1965, p. 16, grifo nossos).

Délio Maranhão, integrante da Comissão de Juristas que elaborou a CLT, já sinalizava a centralidade e a perspectiva para o Direito Laboral:

Seu espírito é centrado na pessoa do trabalhador. E ao alargar suas fronteiras, de acordo com o espírito, que lhe é próprio, de resguardar a dignidade humana do trabalhador, tende o Direito do Trabalho a torna-se a

disciplina da atividade laborativa do homem, socialmente obrigatória e necessária. (MARANHÃO, 1987, p. 3).

Pode-se argumentar que o movimento expansionista laboral obteve uma renovadora confirmação, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a Reforma do Poder Judiciário. Isto se explica, pois do ponto de vista processual a Justiça do Trabalho já implementou seu expansionismo quando é competente para apreciar os conflitos da relação de trabalho, e não mais da relação de emprego e outras expressas em lei. Cumpre, então, imiscuir-se na referida alteração constitucional.

A Reforma do Judiciário esculpiu um novo marco da atuação na Justiça do Trabalho. As alterações nesta Justiça especializada foram tamanhas a ponto de cogitar-se uma “verdadeira revolução” (FAVA, 2005, p. 276). À semelhança da história italiana com a Lei 533/73, o Brasil, por meio da EC 45/2005, amplia a competência da Justiça do Trabalho, configurando-a como a Justiça das relações de trabalho, no sentido amplo, porque engloba trabalhadores parassubordinados, autônomos, entre outros.

Vale lembrar que, no Direito Laboral, algumas normas processuais anteciparam-se em relação ao direito material. É o caso dos *Conseil's de Prud'homme* na França, no início do século XIX, das Juntas de Conciliação e Julgamento do Ministério do Trabalho (Decreto-Lei 21396 de 1932), da Lei italiana 533/1973 que tratou da competência da Justiça Laboral para os trabalhadores parassubordinados e da própria EC 45.

A Justiça do Trabalho, originariamente, cuidava exclusivamente das ações advindas da relação de emprego (espécie do gênero relação de trabalho) e de outras determinadas em lei (rural, doméstico, avulso e contribuições previdenciárias originadas nos processos trabalhistas). Enquanto que, atualmente, a Justiça do Trabalho tem competência para julgar todas as ações decorrentes das relações de trabalho (art 114, I) - não mais só da relação de emprego, do exercício do direito de greve (art 114, II), representatividade sindical (art 114, III), ações constitucionais em matéria trabalhista (art 114, IV), dano material e moral (art 114, VI), penalidades administrativas das relações de trabalho (art 114, VII) e execução das contribuições previdenciárias de ofício (art 114, VIII), entre outras competências, desde que vinculadas com a matéria de relação de trabalho.

Tudo isto corrobora com uma sensível mudança no plano das relações de trabalho, haja visto o deslocamento do eixo diminuto da relação de emprego para o vasto

campo das relações de trabalho. Tem-se, a partir de então, uma Justiça competente para apreciar as novas relações de trabalho, advindas do mundo contemporâneo, demarcado pela crise do emprego e ascensão de novos contratos de trabalho (contratos de atividade). Assim, a Justiça do Trabalho é, atualmente, a verdadeira justiça do mundo do trabalho e não mais dos (des)empregados. É a constatação de Rodolfo Pamplona Filho. “Aquilo que outrora era regra e exceção foi reunido, com a evidente finalidade de tutelar, valorizando e disciplinando, toda modalidade de *trabalho humano*” (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 42).

Por isso, pode-se perfeitamente concluir que a Justiça Especializada deixa de ser a “justiça do trabalho” na adjetivação que tradicionalmente tinha, no sentido de corresponder à justiça que envolve o labor de natureza subordinada, para significar, desta feita, a “justiça dos trabalhadores”, isto é, das variadas formas de trabalho independentemente do direito material aplicável. (BRANDÃO, 2005, p. 59). Rodolfo Pamplona Filho assevera:

Assim, a regra básica da nova competência material trabalhista deve ser a apreciação de todos os conflitos oriundos da relação de trabalho, ou seja, em que a demanda se refira necessariamente aos sujeitos da relação de trabalho, o que envolve, obviamente, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, os danos pré e pós contratuais etc. (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 48).

Márcio Túlio Viana conjectura a situação contemporânea do Direito do Trabalho, apontando três alternativas para o juslaboralismo:

E para isso de três, uma: ou o Direito do Trabalho: (a) transforma em jurídica a dependência econômica, estendendo ao autônomo os direitos do empregado; ou (b) protege de forma diferenciada o trabalho por conta própria; ou (c) garante ao homem que trabalha, ainda que sem trabalho, uma existência digna. Tal como tem acontecido com a própria competência, que vem se alargando, é crescer para não morrer.

A nossa ver, das três alternativas (que não necessariamente se excluem), a ideal é a terceira. Ela considera realidade cambiante da vida do trabalhador, que hoje pode ser servente, amanhã pedreiro, depois camelô, de novo servente, em seguida aprendiz, no outro mês moto-boy e mais tarde, talvez, um alcoólatra de bar ou um malabarista de rua. Nessa perspectiva, o Direito do Trabalho serviria de costura a esses recortes de vida, com proteção variada e variável.

No entanto, numa perspectiva mais próxima, ou menos idílica, as duas primeiras alternativas são também interessantes. (VIANA, 2005, p. 263-264, grifos nossos).

Mesmo corroborando com o referido autor quanto à necessidade da terceira alternativa, a presente pesquisa inclina-se, em termos hermenêuticos, por sustentar uma ressignificação do conceito legal de dependência, no sentido de ampliar a proteção trabalhista aos trabalhadores em situação de debilidade, não se limitando aos requisitos da clássica noção de subordinação jurídica.

Dessa forma, faz-se necessária a expansão do Direito do Trabalho, na perspectiva da ampliação de sua tutela protetiva às novas formas de trabalho sem proteção legal, advindos da reestruturação produtiva e das novas tecnologias. Provavelmente, a Reforma do Judiciário, Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004, corrobora com a expansão do juslaboralismo ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho.

Noutro plano, do direito coletivo do trabalho, a EC 45 alterou substancialmente o artigo 114 da Constituição, em especial no que concerne aos dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho. Particularmente, para um repensar do princípio da proteção, o novo texto do parágrafo segundo do citado artigo, ao elencar a expressão *observar as disposições convencionadas*, (re)afirmou a ultratividade das normas coletivas.

Tal comando determina que o Desembargador Federal do Trabalho ao apreciar o dissídio coletivo deverá, no exercício do Poder Normativo, deferir procedência às cláusulas anteriormente pactuadas pelos sujeitos coletivos das relações de trabalho. Com isso, o Tribunal do Trabalho deve, necessariamente, na sentença normativa, confirmar as condições de trabalho que já foram vigentes e decorrentes da autonomia privada coletiva mediante a autocomposição. Isto é, o Dissídio Coletivo deve, ao menos, julgar procedentes as vantagens já praticadas pelos empregadores.

Observe-se, a partir destes termos, solucionar o conflito será conferir ultratividade às normas coletivas já firmadas, pois não poderão os Tribunais do Trabalho criar normas para as condições de trabalho. Assim pensa o Ministro do TST José Luciano Castilho: “A sentença normativa respeitará o que foi convencionado. Logo, manifesta é a ultratividade” (2005, p. 255). Arnaldo Sussekind (2005) extrai a mesma interpretação<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> “a) direitos ou condições de trabalho em nível superior aos prescritos nas leis e convenções ou acordos coletivos aplicáveis às partes litigantes podem ser determinados pela sentença, nesta hipótese normativa ou constitutiva. b) os direitos e condições de trabalho estipulados nos acordos e convenções coletivas não têm eficácia limitada à vigência do respectivo instrumento, incorporando-se, em consequência, aos respectivos contratos de trabalho.” (SUSSEKIND, 2005, p. 30).

O entendimento transcrito é contestado por outros juslaboralistas como Rodrigues Pinto:

De muito temos ouvido dizer que aí está o renascimento da **ultra-atividade** das normas estabelecidas em convenções coletivas ou mesmo sentenças normativas cuja vigência e eficácia expiram, em face dos empregados que houverem atingido. Preferimos interpretar do modo como fez o TST no Enunciado 277, que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando de forma definitiva os contratos”. (PINTO, J, 2005, p. 244).

O Enunciado 277 não pode ser parâmetro para a ultra-atividade das normas coletivas advindas da autocomposição, uma vez que é exclusiva para aquelas provenientes da heterocomposição (sentença normativa), não encontrando amparo na vontade dos sujeitos coletivos, diferentemente das normas negociadas e ajustadas

Há que se entender, mediante uma interpretação teleológica, que a EC 45 ratificou o efeito ultra-ativo das normas coletivas, encerrando-se a conhecida divergência doutrinária. Isto pois, ao decidir o conflito, a Justiça do Trabalho tem que respeitar as condições já pactuadas mesmo que expiradas, ou seja, as normas coletivas terão efeito além (ultra) da sua vigência através da manifestação do Poder Normativo. Ressalta-se ainda que a ultra-atividade corrobora o princípio da condição mais benéfica, em observância ao artigo 468 da CLT. Portanto, há que se entender que EC 45 confirmou a ultra-atividade nas normas coletivas pactuadas, reiterando opinião de Pinho Pedreira (1998) que já a defendia mesmo antes da emenda constitucional.

Com expansionismo juslaboral conjugado com a nova Justiça do (mundo do) Trabalho, o princípio da proteção, no caminho do seu repensar, arranca a força capaz para transpor o atual segmento do trabalho (classicamente) subordinado. Com tais acúmulos, a tendência protecionista preparar-se para ampliar seus destinatários.

### **5.7. Ampliar a proteção: da desbotada subordinação à dependência sem adjetivos.**

Para além dos problemas enfrentados dentro do contrato de trabalho com a flexibilização negociada ou na jurisprudência – já combatidos com a reafirmação do caráter

protetivo do Direito do Trabalho, outro grave problema persiste fora do âmbito do contrato e da proteção. É o trabalho não protegido, sem qualquer regulação tutelar por configurar, tecnicamente, trabalho autônomo. Os índices apresentados demonstram que, no universo dos ocupados, na RMS, 45,54% são empregados e 42,66% (soma dos trabalhadores sem carteira com os autônomos) estão à margem dos direitos sociais.

Ressalva-se que, desde já, reconhece-se que existem efetivamente trabalhadores verdadeiramente autônomos. Estes têm total e real liberdade de trabalho, vendendo diretamente o produto do seu trabalho sem inserir-se em um processo produtivo de uma empresa e, por isso, não trabalham com dependência, sendo trabalhadores por conta própria. Para estes, a proteção é, de fato, desnecessária e sem propósito, eis que a condição originária – hipossuficiência – não está presente, confirmando o pensamento de Arion Sayão Romita<sup>106</sup> exclusivamente quanto aos verdadeiros autônomos que não querem ser empregados.

A cogitação da ampliação da proteção laboral não se destina aos trabalhadores que são seus “próprios patrões”. Ao contrário, a expansão da proteção acompanha um dado econômico: a hipossuficiência. E é a situação fática da debilidade econômica existente em certos trabalhadores não inseridos no conceito de trabalho subordinado que seduz o princípio da proteção. Trata-se de indagar a extensão da proteção trabalhista para os trabalhadores que se situam entre a autonomia e a subordinação, ou seja, os parassubordinados.

O primeiro passo é reconhecer as desigualdades provocadas pelo império dogmático do critério da subordinação, quando definidor da proteção trabalhista. Otávio Pinto e Silva anota:

Relações jurídicas próximas ao trabalho dependente [parassubordinados] podem ser excluídas desse campo porque apresentam características inéditas ou anormais, ficando assim sem a proteção correspondente; por outro lado, prestações laborais com poucos semelhanças com o modelo típico [altos empregados] podem resultar na aplicação em bloco e sem graduação de todas as normas protetivas, tudo ao sabor da interpretação dos juízes diante de circunstâncias fáticas. (SILVA b, 2004, p. 130).

---

<sup>106</sup> “A Sociologia do Trabalho e a Psicologia do Trabalho ensinam que a condição de trabalhador subordinado é indesejável: como regra geral, o trabalhador subordinado almeja transformar-se em autônomo; ser seu próprio patrão; fixar sua própria jornada de trabalho; estabelecer o preço que entende justo pela prestação do seu serviço; gozar férias no momento que lhe convier” (ROMITA, 2005, p. 127)

A lição constatada é que o critério da subordinação jurídica tem operado frente às novas relações de trabalho pós-fordistas uma dinâmica de exclusão da proteção. A dicotomia autonomia-subordinação revelou-se insuficiente frente à nova organização produtiva (Capítulo da Crise da Subordinação Jurídica). A subordinação jurídica foi descolorida pela nova empresa, restou desbotada. E, justamente por esse enfraquecimento, termina negando os direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>107</sup>.

Resta patente que Direito do Trabalho ainda não se adaptou à segunda ou terceira Revolução Industrial, uma vez que continua estruturando para as relações de trabalho organizadas sob a égide do fordismo/taylorismo. Cumpre, desse modo, ao novo Direito do Trabalho ter que combinar suas velhas estruturas (proteção ao emprego – aos empregos remanescentes) com novas tutelas para as novas relações de trabalho, como já projetava Tarso Genro:

Um novo Direito do Trabalho, portanto, e uma nova tutela, devem emergir gradativamente ao lado do atual Direito do Trabalho cuja crise terminal será de longo curso. Não só porque a revolução na produção, em andamento, precisa conviver durante um longo tempo com algo do sistema jurídico originário da segunda revolução industrial, mas porque a defesa “conservadora” de seus princípios ajuda a tensionar para que, na “ponta” da moderna sociedade, comece a emergir gradativamente um novo sistema protetivo, cujo alcance e conteúdo ainda não estão definidos. (GENRO, 2002, p 184-185).

Partindo da premissa de proteção ao homem ou mesmo da proporcionalidade protetiva, a hermenêutica trabalhista não pode silenciar acerca do trabalho parassubordinado e dependente que tem afetado assustadoramente a dignidade do homem. A ampliação da proteção deve ser orientada pelo reconhecimento da natureza personalíssima (ou) do pessoal do trabalhador. Isto implica dizer que “Proteger o trabalho é, ao mesmo tempo, proteger o sujeito trabalhador, resgatar o homem, preservar a dignidade da pessoa humana” (COUTINHO, 2001, p. 5)

---

<sup>107</sup> “O velho Direito do Trabalho, de cunho civilista, patrimonialista, estruturado numa relação obrigacional, deve assim romper com a subordinação jurídica, que foi edificada sob o binômio ‘autoridade’ e ‘subordinação’, passando a operar também fora da relação estritamente contratual, para reconhecer, por exemplo, uma conformação com os direitos fundamentais dos trabalhadores.” (MACHADO, 2003, p. 134).

A expansão do princípio da proteção é sustentada pela doutrina nacional. Pinho Pedreira historiciza a origem<sup>108</sup> e propõe um destino para uma série de trabalhadores. Evaristo de Moraes Filho<sup>109</sup> assinala no mesmo sentido e Wagner Giglio entende que o Direito do Trabalho será o Direito dos Trabalhadores<sup>110</sup>. A ampliação é propugnada por Francisco Pedro Jucá (2000), que sustenta o Direito do Trabalho seja o marco regulatório de todo o gênero do trabalho<sup>111</sup>, e não só da espécie do emprego, justificando que:

[...] com a ampliação de tutelas e alargamento do Direito do Trabalho, tanto na sua abrangência, alcançando as novas relações decorrentes do novo modo de produção, organização e gerência contido na chamada reengenharia da globalização, significando esta tutela a construção e aplicação de mecanismos capazes de possibilitar inclusão social, participação na riqueza, combater a insegurança social que tem se revelado inerente ao processo. (JUCÁ, 2000, p. 72).

Destarte, a necessidade de proteção dos trabalhadores parassubordinados também se impõe, na medida em que a desigualdade fática se expressa também nesta relação. “Num sistema de compensação jurídica em face da desvantagem econômica e social da grande maioria dos atores do trabalho, justifica-se, como regra, o manto protetor estatal sobre os hipossuficiente, quer na relação subordinada, quer na parassubordinada.”(LIMA, 2005, p.395).

---

<sup>108</sup> “A proteção jurídica aos sujeitos débeis das relações contratuais, que começou a tomar corpo na segunda metade do séc XIX, expandir-se-ia até cobrir, com o seu manto, cada vez maior número de grupo de pessoas, alcançado, hoje, locatários de imóveis, usuários de serviços públicos, segurados, consumidores, mutuários e trabalhadores.” (SILVA, 1999, p. 22).

<sup>109</sup> “E a tendência maior é no sentido de abranger, de maneira indistinta, toda e qualquer espécie de trabalho que se realize na sociedade, público ou privado, dependente ou autônomo. Dia virá em que o Direito do Trabalho será o Direito Comum do próprio trabalho humano, como seu organizador e regulador” (MORAES FILHO, 1991, p. 129)

<sup>110</sup> “O Direito do Trabalho, até agora protetor dos empregados, passará a beneficiar todos (ou quase todos) os que trabalham, com ou sem vínculo empregatício. Tecnicamente o Direito do Trabalho tende a se aproximar do Direito Civil. [...] sofrerá uma radical alteração de seus propósitos e objetivos, diversificando e multiplicando suas fontes, instrumentos e propósitos para atender a necessidades novas, mas específicas e individualizadas, passando de Direito do Trabalho para Direito dos Trabalhadores, perdendo um tanto seu caráter protecionista e passando da hétero-autoregulamentação estatal para a auto-regulamentação convencional.”(GIGLIO, 2004, p. 1168).

<sup>111</sup> “Com efeito, quando defendemos a ampliação de tutela, isto consiste na extensão de tutela jurídica de natureza trabalhista para além da relação de emprego fordista/taylorista, porque, na verdade o que se tem no mundo real é apenas este tipo de relações de trabalho recebe o benefício da tuitividade, e todas as demais relações de trabalho, em sua maioria decorrentes do imperativo da modalidade produtivas e gerenciais contemporâneas ficam excluídas de qualquer tipo de tutela, exatamente por não estarem ajustadas a este modelo.”(JUCÁ, 2000, p. 107).

Avizinha-se, neste momento, a segunda conclusão desta pesquisa. Reconhecida a crise da subordinação jurídica frente às relações de trabalho pós-fordistas e demonstrado que o fundamento deste critério é meramente doutrinário-interpretativo, cumpre, agora, articular uma nova hermenêutica para o artigo terceiro da CLT, que seja capaz de implementar a expansão propugnada.

É preciso extrair/construir uma nova inteligência interpretativa e contemporânea do artigo 3º da CLT, considerando os princípios e valores constitucionais da Lei Magna, que, ao clamar por dignidade e valor social do trabalho, impõe a extensão da aplicação da proteção trabalhista aos demais trabalhadores parassubordinados. Tal interpretação encontra sentido e apoio no artigo sexto da norma consolidada que, mesmo no período de 1943, não distinguiu diferenciando ou excluindo da proteção aqueles trabalhadores que não laboram no espaço físico da empresa, mas inserem-se no processo produtivo. Para tanto, reitere-se que a idéia de subordinação jurídica provém da doutrina trabalhista, sem fonte normativa direta, eis que o artigo terceiro da CLT refere-se à dependência sem adjetivos, sendo produto de interpretação. A revalorização da dependência de Paul Coche é anotada por Arion Sayão Romita:

A crise que a caracteriza os últimos decênios do século XX, em toda parte, propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis trabalhistas a quem prestar serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado. (ROMITA, 2005, p. 140).

Cumprido refazer, então, a hermenêutica. Sob o comando da principiologia constitucional de proteção ao trabalho e da dignidade humana, com sua patente força normativa e vinculativa, confirmada historicamente pelo expansionismo juslaboral (reforçado nova competência da Justiça do Trabalho), frente a debilidade econômica manifesta da realidade do mercado laboral, urge rever o conceito de empregado (de trabalhador protegido). Nesta tarefa, o dispositivo constitucional do artigo sétimo atua como excelente guia, quando preferiu valer-se do verbete *trabalhadores* como destinatários dos direitos trabalhistas (distribuídos nos seus 34 incisos e um parágrafo). Ver-se que a norma fundamental sequer cogitou a idéia de trabalho subordinado, preferindo a expressão mais ampla possível. Porém as interpretações prevaletentes e dominantes lêem *empregados* (no lugar de trabalhadores na Constituição) e *subordinação jurídica* (no lugar de dependência na CLT).

O repensar protetivo retorna a literalidade dos textos normativos para recompor seu sentido, frente às questões colocadas no mundo pós-fordista. Com isso, verificar-se que a doutrina e a jurisprudência, orientadas pelo objetivismo clássico da dogmática positivista, optaram por desconsiderar a subjetividade dos critérios de dependência econômica, em favor de uma (pseudo) objetividade imanente à idéia de subordinação, apontada como distorção por Gino Giugni (*apud* SILVA, 2001, p. 175). Entretanto, a subordinação jurídica restou desbotada, enquanto a dependência (na parassubordinação) rescalda em brasa nas relações de trabalho no Brasil. Ora, o contexto contemporâneo da realidade e da concepção do Direito e seus princípios ensejam trilhos distintos daqueles seguidos pela doutrina e jurisprudência hegemônica, o que impõe o (re)pensar.

Trata-se de, hermeneuticamente, obter-se um novo conceito do sujeito destinatário do Direito do Trabalho. Isto implica na reeleitura do artigo terceiro da CLT para entender como empregado aquele trabalhador dependente (sem adjetivos) com onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade (inclusive com a mitigação desta, como ocorre na parassubordinação). A partir da idéia contemporânea do princípio da proteção, o sujeito protegido pelo Direito Laboral seria o trabalhador dependente, e não só o subordinado. É esta a compreensão de Amauri César Alves:

Do mesmo modo que atualmente o operador do Direito do Trabalho entende a dependência do art.3º celetista como subordinação, poderá haver, sem necessidade de clara previsão legal neste sentido, a extensão deste entendimento para algo mais amplo, que é parassubordinação. Assim, se operador pode enquadrar o conceito doutrinário de parassubordinação ao conceito legal de dependência. (ALVES, 2004, p. 105).

O repensar proposto implica prevalência, mas não exclusividade, de uma definição subjetivista do Direito do Trabalho, ou seja, reafirma-se aquelas definições que se orientam pela qualidade dos sujeitos envolvidos, especialmente pela verificação da situação de debilidade econômica do trabalhador. É que a ontologia do Direito Laboral, ao clamar por Justiça Social e dignidade, assim o faz porque a tutela assegura ter como causa a hipossuficiência. *A contrario sensu*, só há necessidade de tutela, se houver debilidade ou dependência, sem esta a proteção não se justifica. Hodiernamente, uma postura subjetivista na definição do Direito do Trabalho tornar-se imperiosa, em atenção ao compromisso do princípio da proteção com o valor constitucional da dignidade.

A ampliação proposta por Francisco Marques Meton ampara-se numa interpretação literal constitucional, que não se refere aos empregados, mas a expressão genérica que lhes compreende, como engloba, de igual modo, outras modalidades de trabalho:

Porque a Constituição utiliza sempre a palavra *trabalhador* e não empregado. O bem protegido, portanto, é o trabalho na sua expressão mais larga, sob todas as formas de relação contratual. Tanto assim é que a organização sindical pode ser de empregados (e desempregados, aposentados) e de autônomos. (LIMA, 2005, p.395).

A hermenêutica proposta se mostra mais simples do que parece, porquanto recupera um sentido mais amplo da CLT que fora reduzido pela face dogmática e positivista da doutrina trabalhista pelo apelo a um conceito objetivista (subordinação jurídica). Frise-se que a hermenêutica não extrapola os limites da lei, pelo contrário. confirma a idéia literal da CLT com o reforço das disposições constitucionais, o que permite dizer que a Constituição (se efetivada pela doutrina) conclama pelo repensar do conceito de empregado. Retornar à dependência por ser um dos passos imprescindíveis para o Direito do Trabalho seja recomposto enquanto proteção para aqueles que dela necessitam, como indica Alice Monteiro de Barros<sup>112</sup>.

Por outro lado, o desbotamento da subordinação não significa seu fim, inclusive porque a idéia defendida de dependência sem adjetivos aproxima-se do conceito de “subordinação objetiva”, que significa inserção no processo produtivo do tomador. Os dados estatísticos revelam que, não obstante sua crise, o emprego ainda representa a tipificação da relação de trabalho para uma boa parcela dos trabalhadores. Por isso, referiu-se ao descolorir (enfraquecer) e não na extinção da subordinação. Em verdade, o conceito de subordinação é plenamente aplicável contemporaneamente, porém para um número reduzido de trabalhadores, com a perspectiva do aumento desta limitação. Portanto, a ruptura pugnada é exatamente com o monopólio<sup>113</sup> doutrinário da idéia de subordinação jurídica como único

---

<sup>112</sup> “Tanto a jurisprudência nacional como a estrangeira mostram uma tendência a redimensionar a orientação segundo a qual deve incluir-se no âmbito do Direito do Trabalho a relação jurídica incerta caracterizada pelos elementos compatíveis com o trabalho autônomo e com o trabalho subordinado. Este último ‘está perdendo a *vis atractivai* que havia exercitado no confronto das hipóteses de dupla interpretação’”. (BARROS, A, 2005, p 274).

<sup>113</sup> “O momento atual indica a necessidade de alargamento da proteção trabalhista, mas sem rupturas drásticas. Em um primeiro momento o ideal deve ser o alargamento do conceito de ‘dependência’ do art. 3º celta para abarcar, também, as relações trabalhistas parassubordinadas. Assim, a proteção ao trabalho parassubordinado é

(ou principal) critério definidor da proteção trabalhista. Tanto é assim, que em muitos casos a jurisprudência (NASCIMENTO, 2004, p. 402) tem inserido a parassubordinação “forçadamente” dentro da subordinação, o que se deve rejeitar, eis o esforço é desnecessário quando se lê a CLT sob o viés da Constituição.

Convém aduzir que a literalidade do artigo terceiro celetista quando não agrega adjetivo no verbete *dependência* dar azo á uma amplitude de sua compreensão. Contribui, neste ponto, Francesco Santoro-Passarelli (*apud* SILVA, p. 160) ao defender a extensão das garantias substanciais aos trabalhadores parassubordinados, uma vez que todo trabalho, independentemente de suas denominações, sendo pessoal e coordenado, carece de proteção. Defende-se o Direito ao Trabalho sem frase ou Direito do Trabalho sem adjetivo.

Entendendo o parassubordinado como aquele trabalhador dependente, cumpre aplicar-lhe o regime próprio trabalhista do trabalho a domicílio (artigo sexto da CLT), inclusive como medida de proporcionalidade na feição do equilíbrio proposto pela professora Isabelle Cornesse (2001). Os trabalhadores parassubordinados devem receber tutela na medida de sua inserção no processo produtivo, o que requer tutelas diferenciadas, como aquela disposta no artigo 62 da CLT<sup>114</sup>. Em outras palavras, Martins Catharino já indicava que a referida proteção deveria ser na medida da dependência. “Proteção esta que deve ser maior ou menor em função do grau de suficiência dos resultados obtidos com o trabalho”. (CATHARINO, 1982, p. 152)

Considerando a complexidade e a heterogeneidade das relações de trabalho contemporâneas, o novo Direito do Trabalho, segundo especula Francisco Pedro Jucá (2000), não poderá, também, proteger homogeneamente. Pelo contrário, as tutelas devem ser tão diferenciadas quanto à forma de trabalho, com proteção proporcional ao grau de dependência ou subordinação. O fundamento para a defesa de tutelas trabalhistas proporcionais à dependência do empregado reside naquilo, denominado por Martins

---

um passo inicial e importante para a reconstrução de um Direito do Trabalho inclusivo e verdadeiramente protetivo.” (ALVES, 2004, p. 110).

114 Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Catharino, como “rarefação do elemento caracterizador”<sup>115</sup>(1982, p. 210). A proteção firmar-se-á na razão da heterogeneidade das relações pós-fordistas de trabalho, ou seja, mediante tutelas diferenciadas<sup>116</sup>.

Assim, a hermenêutica protetiva contemporânea assimila que o critério definidor da relação de trabalho protegida é a dependência, combinada com os demais critérios da lei consolidada. O sentido desta dependência deve transitar entre a subordinação jurídica, quando a relação pode ser compreendida nos moldes tradicionais, e a dependência econômica, quando houver relação de coordenação entre o trabalhador e a empresa tomadora. É resgate da (velha, mas efetiva) teoria da dependência social.

Em consonância com a postura protecionista delineada, sustenta-se que o Direito do Trabalho urge ser repensado, com o objetivo de conferir maior efetividade na proteção aos empregados e ampliar-se para ofertar proteção aos trabalhadores heterogêneos e diferenciados, desde que dependentes. A ampliação da tutela para os parassubordinados, mesmo que em doses menores do que aquelas destinadas ao empregado, é hermenêutica que mais concretiza e torna viva a Constituição, pois, significa “a concretização na práxis jurídica entre nós do humanismo e da axiologização nas relações de trabalho, imperativos de impressão da justiça nestas relações, postulado da ordem e da paz sociais.” (JUCÁ, 2000, p 109). Neste passo, pertine conhecer a recente experiência italiana que criou o Contrato a Projeto, enquanto horizonte de perspectivas.

### **5.8. Horizonte de perspectivas: o exemplo italiano do Contrato a Projeto.**

A história do juslaboralismo nacional é tributária, em grande parte, do direito italiano, pelo fato de que o nosso principal diploma infraconstitucional ser uma fotografia

---

<sup>115</sup> Explica o professor baiano que a subordinação torna-se cada vez mais rara, na razão em que o empregado ascende na estrutura hierárquica da empresa. Formula-se a seguinte regra: “a subordinação cresce na proporção inversa do grau hierárquico e o adelgaçamento, diluição ou rarefação do elemento caracterizante aumenta na medida em que o empregado está mais perto do topo”. (CATHARINO; 1982, p. 210).

<sup>116</sup> “E defendemos, pelas razões expostas, que a pluralidade de estatutos diferenciados será capaz de albergá-la, com benefícios reais para o sistema como um todo, na medida em que viabilizará a participação dela [economia informal] e de seus integrantes com os encargos coletivos, seja de natureza tributária, seja de natureza previdenciária, pelo alargamento substancial e até mesmo de dimensões desconhecidas da base arrecadatória.” (JUCÁ, 2000, p 109).

“abrasileirada” da *Carta Del Lavoro*, nos dispositivos de Direito Sindical e Coletivo. Deduzindo-se as matizes autoritárias, já superadas pela legislação italiana, pode-se recolher modelos paradigmática naquele país para colaborar no repensar do princípio da proteção. É o caso do Contrato a projeto.

No contexto da reforma legislativa italiana de 2003, a chamada Lei Biaggi (Lei Delegada nº 30 de 23 de fevereiro de 2003 e o Decreto Legislativo nº 276 de 10 de setembro de 2003) instituiu uma nova tipologia nas relações de trabalho: o contrato a projeto. A *fattispecie* decorre da nova realidade da organização do trabalho (SFERRAZZA, 2004), notadamente que se chamou de concausas da crise do Direito do Trabalho (capítulo Crise do Direito do Trabalho).

Trata-se da regulação do trabalho em colaboração, coordenado e continuado, outrora denominado de parassubordinação. “il cosiddetto lavoro a progetto, Che è conseguenza evolutiva del rapporto di lavoro coordinato e continuativo”<sup>117</sup> (SFERRAZZA, 2004, p. XIV). Tal regulação insere-se no “processo de reconhecimento legislativo, iniciado nos anos 90 com o pacote de ‘Treu’, das formas de trabalho flexível, aliás, de fato, já praticadas pelo mercado”<sup>118</sup> (SFERRAZZA, 2004, p. XIV-XV).

A flexibilização e precarização a partir das novas estratégias produtivas corroeu a clássica dicotomia autonomia e subordinação, ensejando a crise da segunda, especialmente pela criação de uma zona intermediária, chamada pela doutrina italiana de “terceiro gênero” (SFERRAZZA, 2004, p. 18). Descura-se aquilo aludido por Márcio Túlio Viana (2004) como a autonomia na subordinação, isto é, uma conjunção da obrigação de resultado (autonomia), permeada pela diretriz do parâmetro final estabelecido pelo tomador (subordinação).

Na Itália, os trabalhadores parassubordinados, situados no terceiro gênero, tinham seus contratos regidos pela regulamentação típica do trabalho autônomo (autonomia da vontade privada – Direito Civil), com a exceção em duas questões: a) utilização das regras processuais dos trabalhadores subordinados; b) utilização dos institutos da renúncia e transação do Direito do Trabalho. (SFERRAZZA, 2004, p. 20-21). No Brasil, a primeira

---

<sup>117</sup> Em tradução livre do autor: “a consideração de que o trabalho a projeto é a evolução do Trabalho coordenado e continuado”.

<sup>118</sup> “[...] processo di riconoscimento legislative, iniziato negli anni ’90 con il c.d. pacchetto ‘Treu’, delle forme di lavoro flessibile, peraltro già di fatto praticate dal mercato”.

exceção foi consagrada com o advento da Reforma do Poder Judiciário, que atribuiu à Justiça Especializada do Trabalho a competência para todas as relações de trabalho, inclusive dos parassubordinados.

Com a Reforma Biaggi, houve uma regulamentação (de parte)<sup>119</sup> deste trabalho parassubordinado, a partir do que se denomina trabalho a projeto, que significa “relação de trabalho relativa à uma prestação, coordenada e contínua, com o caráter da prevalência pessoal, sem vínculo de subordinação jurídica e de plena autonomia” (SFERRAZZA, 2004, p. 54-55). Infere-se deste conceito semelhanças com a parassubordinação, que, no entanto, apresenta-se como gênero, por abarcar outras modalidades de trabalho como os agentes comerciais, representantes entre outros, da espécie a projeto.

Fiorella Lunardon elenca dois principais objetivos na legislação do contrato a projeto. O primeiro refere-se à própria regulação desta relação de trabalho situada no terceiro gênero (2004, p. 5). O segundo trata de eliminar as fraudes ao sistema previdenciário, através do trabalho coordenado. (2004, p. 5).

Com Decreto Legislativo 276/2003 estipulou-se uma “tutela mínima”, com imposições de formais, com um rígido sistema sancionatório. Acrescenta Fiorella Lunardon (2004, p. 5) que a nova tipologia opera inclusivamente, pois as “outras espécies (trabalho subordinado e parassubordinado) revelavam uma altíssima osmose e representavam uma válvula de escape (quem não era parassubordinado, era autônomo, e vice-versa), sendo ambas uma grande área residual distinta da subordinação.”<sup>120</sup> (2004, p. 7).

Saliente-se que o conteúdo do trabalho a projeto é uma idealização ou uma proposta para a execução de um trabalho (SFERRAZZA, 2004, p. 71). A par do seu conteúdo, Leone Grabiella diferencia o trabalho a projeto (construção de um idéia) do trabalho a programa (plano de implementação desta idéia) (*apud* SFERRAZZA, 2004, p. 76). Não obstante a diferença assinalada, os contratos a projeto e a programa recebem a mesma regulamentação. Situado o campo do trabalho a projeto, impõe-se analisar esta regulamentação. Mauro Sferrazza explica que o “projeto pode constituir qualquer atividade (normalmente) reabsorvida no âmbito da atividade principal ou acessória da empresa,

---

<sup>119</sup> “Foi dito, com absoluta razão, que o contrato de trabalho a projeto é a parassubordinação acrescida de um elemento: o projeto”. (SILVA, 2005, p. 4).

<sup>120</sup> “Le altre fattispecie (lavoro parassubordinato e lavoro autonomo), rivelando un altissimo grado di osmosi e rappresentando una reciproca valvola di sfogo (quell che non era parassubordinato, era autonomo, e viceversa), costituivano entrambe una grande area residuale indistinta a quella della subordinazione”

segundo alguns autores, ou uma atividade excepcional e extraordinária, segundo outros.”<sup>121</sup> (SFERRAZZA, 2004, p. 99).

Exige-se que o contrato a projeto seja necessariamente escrito e com a determinação específica do seu objetivo (artigo 62, D.L. 276/2003). Este documento escrito deverá conter: a duração da prestação; o projeto ou programa a ser desenvolvido; os critérios de remuneração; a forma coordenada de trabalho; as eventuais medidas de tutela de saúde e segurança do trabalhador. Apesar da determinação imperiosa da forma escrita, Mauro Sferrazza<sup>122</sup> (2004, p.82) aduz que a validade e eficácia do trabalho a projeto liga-se a existência efetiva do tipo legal, mesmo sem a formalização escrita.

O artigo 62, 2, exclui das disposições do contrato de trabalho a projeto o trabalho ocasional, definindo pela quantificação não superior à 30 dias por ano de trabalho, salvo o quando o trabalhador colaborador perceber alta remuneração (acima de 5.000 euros). Ou seja, mesmo trabalhando por menos de 30 dias, acaso o trabalhador receba mais que 5.000 euros, fará jus às medidas protetivas do contrato a projeto. Há possibilidade de ajuste de aviso prévio, como também da renúncia e transação no tocante às matérias não objeto de certificação (artigo 68).

No plano protetivo, o contrato a projeto assegura ao colaborador uma tutela da saúde e segurança, quando determina a aplicação da legislação pertinente à matéria dos trabalhos subordinados. Verifica-se, com isso, certo grau de proteção social, posto que, mesmo fora do âmbito do trabalho subordinado, o trabalhador a projeto está incluso na seguridade social e no meio ambiente do trabalho seguro.

O mais paradigmático no contrato a projeto é, sem dúvida, a diretriz inclusiva<sup>123</sup> que a inteligência da Lei implementa. A inversão é bastante apta para as novas relações de trabalho, porque estabelece as hipóteses tipificadas (programa e projeto) do contrato a projeto e, na hipótese da não correspondência entre o tipo de trabalho com a previsão legal, presume-se a relação de emprego. Isto é, a relação protegida é presumida não por caracteres

---

<sup>121</sup> “Il progetto può consistere in qualsiasi attività (anche normale) rientrante nell’ambito dell’attività principale od accessoria dell’impresa, secondo alcuni Autori, in una attività eccezionale e straordinaria, secondi Altri.”

<sup>122</sup> “L’assenza della scrittura, pertanto, non intacca né l’esistenza ed effettività del rapporto, né la sua validità ed efficacia”

<sup>123</sup> O regime sancionatório da lei é forte, ao considerar como trabalho subordinado aqueles contratos em que não existe materialmente o trabalho a projeto. Ou seja, na hipótese de utilização fraudulenta do contrato a projeto, haverá presunção legal da relação de emprego. (SFERRAZZA, 2004, p. 90).

fechados e prévios, mas sim pelo saldo remanescente de tipos legais. Se a relação de trabalho não corresponder, na realidade, ao tipo legal especial do projeto, presumir-se-á relação de emprego. Pinho Pedreira explica a natureza da presunção:

Parte da doutrina considera absoluta a presunção no caso, de se tratar de trabalho subordinado, e, pois, de inexistência de contrato de trabalho a projeto, de que um dos requisitos é a autonomia. A outra parte sustenta que a ausência do projeto gera uma presunção *juris tantum* de que a hipótese é de trabalho subordinado, elisível mediante a produção pelo comitente da prova da autonomia da prestação dos serviços. (SILVA, 2005, p. 5).

Esta lei italiana corrobora com a expansão da proteção aos trabalhadores parassubordinados, apesar de conferir uma tutela menor do que a normal. Porém, é justamente este o sentido que se deve extrair: os trabalhadores com algo grau de inserção no processo produtivo – seja o máximo, como na subordinação, seja o mínimo na relação de coordenação (parassubordinação) – merecem a proteção em face do seu estado de dependência.

No Brasil, a inexistência de lei específica não inviabiliza a proteção aos trabalhos a projeto, desde que haja a mencionada dependência. É que mesmo sem lei específica, o dispositivo da norma consolidada é, felizmente, amplo, ao ponto de acolher um sentido amplo para a idéia de dependência, em especial com feixe de iluminação proveniente da Constituição.

### **5.9. Novas (e velhas) hermenêuticas trabalhistas protetivas.**

Para além dos horizontes estrangeiros, cumpre, no intento da defesa e (re)afirmação do princípio da proteção pontuar algumas propostas de hermenêuticas pragmáticas, sem qualquer pretensão de esgotamento ou de definitividade. O pontuar serve tão somente a papel de ilustração para que a doutrinária e jurisprudência (re)tomem posturas mais protetivas como as de certas velhas interpretações clássicas. Não obstante as hermenêuticas que seguem serem esparsas e desconexas, servem, unicamente, como exemplificação do que poderia representar concretamente a reafirmação do princípio da proteção.

O resgate do velho cinge-se à defesa da Convenção nº 158 da OIT que trata da vedação da dispensa arbitrária, ratificada através do Decreto Legislativo nº 68 de 16-09-92. A defesa da Convenção 158 se justifica porque ela poderia, como realmente fez, concretizar o mandamento constitucional do artigo sétimo, inciso primeiro. Sem adentrar no debate da medida formal exigida (lei complementar), a compatibilidade entre a citada Convenção e o dispositivo constitucional é manifesta. Na defesa da aplicabilidade imediata da vedação da dispensa arbitrária, José Afonso da Silva entende que a atribuição delegada à lei complementar não se dirige a concretizar o direito à garantia de emprego, pois:

[...] a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. (SILVA d, 2005, p. 290).

Rechaçando a dispensa arbitrária, José Felipe Ledur comenta em defesa da sua vedação. “[...] O rompimento arbitrário ou sem justa causa da relação de emprego, especialmente quando a compensação patrimonial é insignificante, configura ato lesivo à dignidade do trabalhador despedido, evidentemente ofensivo à Constituição.”(LEDUR, 1998, p. 125). Num contexto de alto índice de desemprego, é manifesta a desproporcionalidade entre a perda do emprego e a indenização de 40%. Além disto, a possibilidade de dispensa arbitrária inibe a participação em atividades sindicais, notadamente a greve, ante o risco de uma eventual dispensa sem motivação, ou pelo menos, sem o dever de explicitar o motivo da dispensa.

Por outra via, há que se discutir a constitucionalidade da denúncia da Convenção, invocando o princípio do não retrocesso social ou da progressão social. Sabe-se que os direitos fundamentais são envoltos na pretensão de não retrocesso, uma vez que, sendo caracterizados pelos ordenamentos fundamentais (indispensáveis), não podem ser suprimidos. Luis Roberto Barroso, de igual modo, atribui aos princípios, em especial aqueles atinentes aos direitos fundamentais, a idéia de eficácia vedativa do retrocesso social. Isto possibilita que o Poder Judiciário declare “a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a

revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente” (BARROSO, 2003, p. 322).

Esta eficácia vedativa da revogação de normas regulamentadoras de direitos fundamentais encaixa-se exatamente na situação da Convenção 158 da OIT. O Decreto Legislativo 1855, de 10-04-96, que denunciou à Convenção 158, retrocedeu socialmente quando retirou vigência da Convenção 158 da OIT, tornando ineficaz o preceito constitucional que proibia a dispensa arbitrária. Pela eficácia defendida por Barroso, o citado Decreto deve ser invalidado pelo Judiciário<sup>124</sup>, por não ter havido qualquer medida substitutiva ou equivalente ao direito fundamental suprimido.

Ante a força normativa da dignidade humana e o valor social do trabalho (leia-se trabalhador), perpassada pela idéia da máxima eficácia das normas constitucionais, deve ser considerada inválida a renúncia da Convenção 158 da OIT. O princípio da proteção contemporâneo tem como pilar a proteção contra a dispensa arbitrária, consolidando outro princípio, o da continuidade. Propõe-se que a indenização, para que seja realmente, compensatória deveria considerar, estatisticamente, o tempo médio na qual o trabalhador fica procurando emprego (LEDUR, 1998, p. 125) e não ser definida, *a priori*, num critério fixo.

Outras hermenêuticas protetivas se fazem necessárias a partir de um olhar constitucional<sup>125</sup>. Há dúvidas quanto aos direitos trabalhistas do trabalhador temporário, contratado sob a égide da Lei 6019/74. O artigo 12 da lei citada enumera os direitos deste trabalhador temporário com expressa determinação de salário equitativo, todavia omite-se

---

<sup>124</sup> Infelizmente não foi esta a opção do Supremo Tribunal Federal que assim decidiu: “A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).” (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01)” (STF, 2005)

<sup>125</sup> “É possível dizer que esses direitos não são restritos ao empregado, mas, por serem fundamentais, devem estender-se a todo o trabalhador que prestar um trabalho subordinado ou por conta alheia, o que abre o horizonte para a aplicabilidade para formas atípicas de contratação do trabalho, como o trabalho temporário, avulso, eventual, intermitente e todo aquele que vier a se enquadrado na rede de proteção da legislação trabalhista” (NASCIMENTO; 2002, p. 906).

quanto ao décimo terceiro salário (instituído pela Lei 4090/62). Há interpretações que aduzem que o “trabalhador temporário não tem, porém, todos os direitos que são assegurados pela CLT, mas de acordo com a previsão da Lei 6.019/74” (PINTO, S, 2005, p. 150). Desta maneira, o trabalhador temporário não teria o décimo terceiro salário proporcional.

A interpretação trazida é face do positivismo dogmático, que têm certa expressão no juslaboralismo. É positivista-dogmática porque não ultrapassa o horizonte do *caput* do artigo 12 da Lei, ignorando a alínea *a* que impõe remuneração equivalente, uma vez que remuneração compreende muito mais do que o salário e por isso envolve o décimo terceiro salário. No entanto, mais forte do que esta hermenêutica sistemática da lei 6019/74, é a determinação da Constituição que assegura o décimo terceiro salário para todos os trabalhadores (art. 7º, VIII), sendo que resta indubitável para a doutrina que o trabalhador temporário é contemplado pela acepção restrita que entende que o artigo sétimo é dirigido aos trabalhadores subordinados. Portanto, uma hermenêutica protetiva confirma que o trabalhador temporário deverá perceber o décimo terceiro salário proporcional, conforme comando constitucional e interpretação sistemática da lei.

Transpondo o debate da “remuneração eqüitativa” para as demais hipóteses de terceirização lícita (E. 331 TST), impõe-se indagar acerca da possibilidade de reconhecimento de equiparação salarial entre dois empregados, desde que cumpridos os requisitos do artigo 461 da CLT, exceto quanto aos empregadores, que são diferentes. A situação fática é exemplificada quando dois trabalhadores laboram com a mesma perfeição técnica e produtividade na mesma organização produtiva (complexo de empresas), com empregadores distintos através da terceirização.

A resposta à indagação avança aberta na jurisprudência, com a prevalência da inaplicabilidade do direito de equiparação salarial. Mais uma vez, porém, o positivismo dogmático, que somente enxerga as disposições celetistas, reina asséptico à realidade pós-fordista das empresas, que manejam a terceirização como instrumento de quebra do padrão remuneratório, como denuncia Maurício Godinho Delgado:

A fórmula terceirizante [...] transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de

tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista [...] (DELGADO, 2005, p. 444).

Acaso o intérprete trabalhista observe a Constituição (arts. 1º, III e IV, 5º, 7º, VI, VII e X, 170 e 193) antes de ler a CLT, perceberá um princípio da isonomia salarial é a máxima que ele deve observar. Acaso recorde-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem (2006), verá que “todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”. Ciente destas diretrizes basilares, deverá perquirir, para efeito de isonomia salarial, a existência de igual trabalho no mesmo processo produtivo (envolve o local de trabalho). A própria realidade (cruel) administrativa demonstra que a forma de reduzir-se o salário é a dispensa do empregado e a terceirização desta atividade com menor remuneração. Desta maneira, há que se reconhecer o direito à isonomia salarial quando dois trabalhadores com igual trabalho, numa mesma planta produtiva, por força do princípio da proteção conjugado com o artigo sétimo, incisos XXX e XXXII.

Sob o olhar constitucional ainda, cumpre reiterar (vide capítulo Crise do Direito do Trabalho) a argüição de inconstitucionalidade formal e material da MP 2164-41/2001 que instituiu o trabalho a tempo parcial. Não se questiona em si o trabalho a tempo parcial, pois, como visto na Holanda, tem-se mostrado grande medida de fomento ao emprego. A inconstitucionalidade material reside na possibilidade de remuneração inferior à mínima, pela ofensa ao artigo sétimo, inciso quarto, especialmente agravada pela situação econômica-social que assola o país, consoante dados sobre rendimentos. A inconstitucionalidade formal aflige a MP 2164-41/2001, porque sua matéria não trata de assunto relevante ou urgente para ser manejado através de medida provisória.

Outras atuações legislativas flexibilistas devem ser rechaçadas. No recente decreto 5599/2005, que regulamenta o trabalho do aprendiz, o artigo 24, parágrafo único, determina que a contribuição para o FGTS será de dois por cento da remuneração. Antagonicamente, a Lei do FGTS (8036/90), em seu artigo 27, dispõe que o percentual será de 8%. Perante a antinomia dos diplomas, o princípio da norma mais favorável, que subjuga a idéia da norma mais específica, deve prevalecer, por ser expressão do princípio da proteção. Ademais, constata-se flagrante excesso do Poder Executivo que, em sede de Decreto regulamentador, reduziu a incidência da norma disposta em Lei que estabelece a contribuição de 8% a título de FGTS, que somente poderá ser diminuída mediante Lei.

No plano jurisprudencial, alguns Enunciados do TST devem ser confirmados, porquanto significativos da imperiosa proteção, a exemplo do E. 51 (condição mais benéfica), 91 (salário complessivo), 212 (despedimento), 331 (terceirização e responsabilidade), entre outros. Porém, outras interpretações são criticadas porque descompassadas com o princípio da proteção. É o caso da OJ 244 (SDI-I/TST) que ao permitir a redução salarial do professor, choca-se nitidamente com a assunção do risco do negócio atinente ao empregador. Ainda sob o manto deste OJ, escolas e faculdades têm, unilateralmente, reduzido os salários dos professores, mesmo sem crise econômica ou redução de turmas, isto é, tem entendido, com o aval da jurisprudência, que o contrato é tão somente inalterável no tange a relação salário-hora, podendo ser livremente reduzidas as horas. Reafirmar a proteção frente esta jurisprudência flexível é advogar pela sua inconstitucionalidade, em atenção ao princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI).

#### **5.10. Outras propostas dignificantes e protetivas: para um Novo Direito do Trabalho.**

O repensar do princípio da proteção apresenta-se como um fortalecimento da ontologia originária, com vistas a um intento maior: a construção de um novo Direito do Trabalho. Nesta parte, a presente pesquisa passará a prognose especulativa, baseada tão somente na sinalização da extensão da proteção. Pelo caráter de prognóstico, sua justificação encontra-se mais no plano utópico (dever-ser), do que do ordenamento jurídico, e por isso, sua implementação carece de atitudes legislativas (emendas constitucionais e legislações ordinárias). Isto é, o prognóstico não se situa na hermenêutica jurídica, mas na perspectiva protecionista utópica que alimenta um horizonte de esperança.

O horizonte que se esboça aqui parte da constatação que o atual Direito do Trabalho, mesmo protetivo expansivo, resta insuficiente frente às outras relações de trabalho, posto que somente pode destinar ao emprego e (hermeneuticamente) ao trabalho parassubordinado. Trata-se de pinçar argumentos que permearam o famoso Relatório de Alain Supiot sobre o trabalho na Europa, em que, resumidamente, propunha o abandono do modelo do emprego em face de uma noção mais ampliada do trabalho. Dessa forma, cumpre considerar algumas idéias, transpassadas por um humanismo protetivo, que não são

conclusivas. Em verdade, o presente trecho, que irá registrar argumentações inacabadas e joviais, pretende apenas delinear como horizonte a necessidade premente de um novo Direito do Trabalho.

Um Direito do Trabalho novo, além da proteção aos trabalhadores subordinados – empregados, trará novas tutelas. Frise-se que, com o fundamento na dignidade humana e no princípio da proteção, os sujeitos do Direito Laboral serão, além dos empregados, os parassubordinados e os autônomos (dependentes), observando-se a criação de tutelas específicas e proporcionais à dependência, assegurando a todos um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. Nesses termos, Tarso Genro (2002, p. 143-144) sugere a seguinte pauta: tutela para a prestação de serviços; tutela para os contratos de equipes; remuneração mínima para serviços sem qualificação; redução da jornada laboral; ocupação do tempo livre em serviços comunitários; socialização dos postos de trabalho; reinserção produtiva dos sem qualificação; entre outros.

Ao trabalho eventual, alguns comentários são dirigidos. Resta incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho discriminar aquele trabalhador que labora por um período curto ou desvinculado aos fins da empresa. Não há mais porque não se proteger o trabalho eventual. O aspecto da eventualidade não foi cogitado como condição para obtenção da tutela disposta no artigo sétimo da Constituição.

No diploma maior, só se exige a condição de trabalhador (são assegurados aos trabalhadores [...]), prescindindo da não-eventualidade, continuidade ou intermitência, eis que o lapso temporal é irrelevante ante o axioma superior da pessoa do trabalhador. A desconexão entre o serviço prestado descontinuamente não retira a condição de hipossuficiência do trabalhador ou mesmo justifica tratamento civilista sem proteção. Nesta linha, a própria jurisprudência já vem julgando, ainda que pela interpretação ampliativa do conceito de não-eventualidade.

Há que se construir diplomas destinados ao trabalhador eventual capazes de assegurar os preceitos do artigo sétimo da Carta Magna, com as devidas e necessárias mediações. As adaptações serão necessárias, devendo ser balizadas por uma tutela constitucional proporcional ao tempo de serviço. Não se pode negar a proteção ao trabalhador que presta serviços em uma semana – em um processo interpretativo exclusivo e contrário aos ditames constitucionais –, mas sim conferir os direitos trabalhistas

proporcionalmente, como no salário mínimo, jornada máxima, descansos, intervalos, normas de medicina e segurança do trabalho, entre outros. Do contrário, seria absurdo corroborar com a total liberdade liberticida, felizmente ultrapassada pela gênese trabalhista, nas relações de trabalho eventual. A proteção ao eventual já foi esboçada:

A necessidade de extensão dos direitos trabalhistas ao eventual vem sendo sustentada pelos doutrinadores, por um imperativo de justiça social. Para Rafael Caldera o direito do trabalho deve regulamentar o trabalho em si e não apenas o trabalho do empregado, e o contrato de trabalho não deve ser o único tipo nele regulamentado. (NASCIMENTO, 2004, p. 417)

Nesta direção, a legislação argentina dispõe de forma mais benéfica, assegurando a proteção ao trabalhador eventual. O artigo 108 da Lei 20.744 define o trabalho eventual, assegurando-lhe os mesmos direitos do empregado:

Qualquer que seja a sua denominação, considerar-se-á que existe um contrato de trabalho eventual quando atividade do trabalhador é exercida sobre dependência de um empregador para satisfação de resultados concretos, objetivados por estes, em relação a serviços extraordinários determinados de antemão, ou exigências extraordinárias ou transitórias da empresa, exploração ou estabelecimento. Entender-se-á, também, que há tal tipo de relação, quando o vínculo começa e termina com realização de obra, a execução de ato ou a prestação de serviços para os quais foi contratado o trabalhador. (NASCIMENTO, 2004, p. 417).

No tocante ao trabalho autônomo, há também que se falar em projeção da proteção, desde que haja hipossuficiência. Esta proteção adaptar-se-á a tipologia dos destinatários dos autônomos. Relembre-se a diferenciação entre autônomos prestadores de serviços ao público em geral (ambulantes, taxistas, vendedores, entre outros) e aqueles prestadores de serviços a empresas. Nos trabalhos autônomos vinculados a processos produtivos (empresas) pós-fordistas, identifica-se às relações de colaboração e coordenação, ora caracterizadoras da parassubordinação trabalhista. Para esta categoria, o princípio da proteção pode ser aplicado mediante uma hermenêutica inclusiva da noção de dependência, a luz da proteção constitucional.

No caso dos pequenos trabalhadores autônomos que laboram na economia informal prestando serviços ao público o caminho da obtenção da proteção laboral encontra-se na capacidade de organização e mobilização coletiva. Registre-se que, não obstante a ausência de tutela trabalhista proveniente do Direito Individual do Trabalho, o autônomo pode formar sindicatos para defesa de seus interesses profissionais, com arrimo no artigo

511, *caput*, da CLT. A partir da entidade sindical, poderiam ser pactuadas normas autônomas estipulando cláusulas econômicas, como remuneração mínima, jornada máxima, seguros sociais, entre outros. Dessa maneira, o autônomo poderá gozar de uma proteção trabalhista não-estatal, resultante da sua força coletiva e da capacidade de organização.

Somente por meio da constituição de associações, sindicatos e cooperativas tais trabalhadores poderão lograr êxito na luta por condições dignas de trabalho. Isto se explica porque, em virtude da multiplicidade dos destinatários do seu trabalho, não se tem como se impor, isoladamente, ao tomador dos serviços a responsabilidade pelo custeio da proteção. Destarte, a proteção trabalhista ao trabalho autônomo hipossuficiente poderia advir da negociação coletiva.

Nos casos de haver possibilidade de identificação precisa dos tomadores de serviços e da continuidade destes, há que criar um diploma normativo com racionalidade analógica ao do consórcio de empregadores rurais (lei 10.256/2001). Com isso, garante-se a proteção àqueles trabalhadores que não se enquadravam no conceito do artigo 3º da CLT por força de indeterminação dos empregadores. A figura do consórcio de empregadores, desde que estendido para zona urbana, serve como parâmetro para efetivar a proteção aos certos trabalhadores autônomos, a exemplo dos vigilantes “informais” de rua.

Exsurge com propensão, no seio destas propostas, a de se criar uma tutela mínima para todo tipo de trabalho, independentemente do vínculo existente ou contratado. Além de ampliar a proteção aos trabalhadores autônomos, tais propostas coadunam com regulação protetiva da condição humana no trabalho. Sua premissa encontra-se na noção de que o homem trabalhador tem direitos fundamentais ao e no trabalho, que não provem dos direitos obrigacionais, mas sim da sua condição humana.

Já se pensou na construção no de direito fundamentais, como no espaço da autonomia individual do trabalhador, fora da relação obrigacional do contrato. Alain Supiot defende uma urgente redefinição do direito do trabalho, dentro da perspectiva de um “direito do homem ao trabalho”, que contemple todas as formas de trabalho por conta de outrem. (MACHADO, 2003, p. 114).

O próprio artigo sétimo da Constituição, em alguns incisivos, poderia servir de parâmetro para uma tutela mínima para todo o trabalhador. Seus dispositivos (art.7º) quanto a jornadas máximas (XIII e XIV), repouso semanal (XV), licença gestante e paternidade (XVIII e XIX), proteção ao mercado de trabalho da mulher (XX), um meio ambiente

saudável (XXI), aposentadoria (XXIV – que já existe para todos os trabalhadores), proteção em face da automação (XXVII), isonomia salarial (XXX), não discriminação (XXXI e XXXII), limitações ao trabalhador do menor (XXXIII). Tais propostas são exequíveis para os trabalhadores subordinados e parassubordinados através da hermenêutica, enquanto que para os autônomos mediante organização coletiva.

No tocante a remuneração, há que se pensar acerca de uma contra-prestação mínima, que implemente a idéia de que nenhum trabalho, seja autônomo, avulso, eventual, subordinado, estagiário poderá ser remunerado em valores inferiores ao salário mínimo. Tal exegese se faz necessária, porque, não obstante as modalidades de contratação, o trabalho humano dever ser remunerado condignamente ou, pelo menos, no mínimo legal. No bojo do expansionismo e da dignidade humana, é mister então que o trabalho humano perceba, ao menos, uma contraprestação remuneratória igual a salário mínimo.

De outro lado, a redução da jornada de trabalho com manutenção do salário e a vedação do labor extraordinário são propostas que emergem com substrato coerente, a fim de estabelecer a prevalência da dignidade humana. Os avanços tecnológicos e organizativos impuseram aumentos de produtividade em cada vez tempos menores de trabalho. Quando as primeiras máquinas começaram a ser utilizadas no século XVIII, as jornadas de trabalho ultrapassavam as dezoito horas diárias, além das condições aviltantes destinadas às mulheres e crianças. O início do século XX foi consagrado pela conquista da jornada de oito horas diárias, embora isto ainda não tenha ocorrido em todo o mundo. Atualmente, alguns países praticam jornadas de quarenta, trinta e seis e trinta horas semanais, isto é, tem-se até jornadas de seis horas diárias. Nessa perspectiva, quiçá o século XXI surpreenda com jornadas ainda menores dos que as atuais.

O aumento de custos não é óbice à redução da jornada, por uma segunda idéia, originada na colaboração da tecnociência e suas contribuições ao mundo do trabalho, ou seja, obtém-se mais e mais riqueza com menos tempo de trabalho.

Um volume constante ou mesmo crescente de riqueza é produzido com quantidades rapidamente decrescentes de trabalho, o trabalho de tempo reduzido deve ter direito a rendimento integral. Mas este rendimento integral deve ser um rendimento binômio: uma parte paga pelas empresas em remuneração ao trabalho executado; uma outra parte que será crescente, paga pela sociedade para compensar (ou recompensar) a retração do valor salarial diretamente ligado à duração do trabalho. (GORZ, *apud* AZNAR, 1995, p. 14)

Por fim, o fomento ao emprego ou a formalização da precariedade coliga-se com uma política tributária de incentivos fiscais à criação de postos de trabalho. Se os investidores internacionais são isentos de pagamento de imposto de renda (fomento ao investimento estrangeiro), se as universidades e faculdades particulares convertem suas obrigações fiscais e previdenciárias em bolsas (fomento ao ensino superior), é mais do que justo que haja fomento à criação de empregos, com isenções, descontos e incentivos aos empregadores, especialmente às pequenas empresas. Questiona-se porquê não possibilitar a compensação nos encargos tributários, os vulgarmente chamados (encargos), devidos sobre a remuneração paga ao trabalhador. É preciso que o Direito Tributário atue como política pública de incentivo à geração de novos empregos, tarefa impossível para o Direito do Trabalho.

Todas essas especulações, transpassadas pelo humanismo da expressão dignidade humana, repita-se, dependem de alterações normativas no ordenamento, tanto na Constituição, como na legislação infraconstitucional, mais exatamente com a criação de novos diplomas. Assim, são especulações ou sinalizações construídas sobre utopias, mais precisamente sobre esperanças e perspectivas.

### **5.11. Utopia: esperanças e perspectivas.**

Antes de uma conclusão formal e acadêmica, uma leitura materialista histórica e compromissada com a emancipação impõe um breve discurso sobre as utopias e perspectivas que perpassam (ou perpassaram) a presente pesquisa.

Utopia formalmente não se enquadra nos momentos científicos, ao menos quando a ciência vivia sobre a égide positivista. Nisto, felizmente, a transição pós-moderna (SANTOS, 1999) ou a crise do cientificismo/positivismo rompe com este dogmatismo ao liquidar a (pseudo) pretensão de neutralidade da ciência. Mas este momento contemporâneo, negando um racionalismo formal, fortalece e realça a subjetividade (WARAT, 1993), os valores e princípios (DWORKIN, 2002) (ALEXY, 2002), em detrimento das objetivações. Assim, as utopias, que são sonhos eivados de valores e princípios, emergem com tal como

Carlos Drummond de Andrade em sua flor, que nasceu feia e “Rompeu o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio.”(2002, p. 27).

A poética, neste caso, é disfarce da utopia, é a maneira como, pela subversão amorosa da racionalidade, os argumentos são aceitos, não só porque contém uma verossimilhança, mas porque expressam sentimentos humanos, singulares e persuasivos. No Trabalho, a poesia vive em Thiago de Mello, que poetizou o *valor social do trabalho* no artigo IX do seu *Estatutos da Liberdade*, que, embora não seja um diploma jurídico, concretiza os mandamentos e preceitos constitucionais, pois carrega consigo a força utópica que falta ao Direito praticado:

Fica permitido que o pão de cada dia  
Tenha no homem o sinal de seu suor  
Mas que sobretudo tenha sempre  
O quente sabor da ternura. (MELLO, 2001, p. 104)

Garantir o direito ao trabalho e, a partir deste, uma sobrevivência digna é a lição que se extrai dos versos. Porém, é a ternura (e a fraternidade) o sabor que transforma este trabalho em digno. Isto é, deve-se conceder fraternidade ao trabalho, seja pela legislação intervencionista, seja por meio da negociação coletiva realizada por sindicatos livres. A ternura em Thiago de Mello é a proteção que se defende nesta dissertação, capaz de conferir a fraternidade à vida do trabalhador.

Contudo, o caminho que se segue, pela sua complexidade imanente, diferenciação e heterogeneização, traz um horizonte que privilegia individualidades ou individualismos, relegando a atuação coletiva ao declínio e ao descrédito. Neste percalço, Carlos Drummond de Andrade adverte:

Estou preso à vida e olho meus companheiros.  
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.  
Entre eles, considero a enorme realidade  
O presente é tão grande, não nos afastemos.  
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.  
(ANDRADE, 2005, p. 59)

Trata-se de, utopicamente, desvelar que a fraternidade que se almeja ao trabalhador não deve depender exclusivamente das medidas intervencionistas do Estado, o que configuraria a vitória de uma (des)proteção regulatória com perversos excessos sobre uma proteção emancipatória, ou seja, o primado da outorga (e controle) sobre a conquista.

Ao contrário, a perspectiva que se coloca é resgatar, na história companheira, a importância fundante da atuação coletiva na luta pela fraternidade e proteção nas relações de trabalho.

Aliás, o companheiro, vindo de longe das associações de companheiros e oficiais da Idade Média (*compagnonnage*), designa aquele que reparte o pão. Ou seja, aquele que compartilha as mesmas condições de trabalho (com o outro trabalhador), sabendo que somente juntos, partilhando sofrimentos (consciência coletiva), poderão contrapor-se ou resistir fraternamente.

A perspectiva utópica que irrompe recompõe dois valores fundantes e basilares do Direito do Trabalho, que são recuperados no contexto contemporâneo, e, por isso, indispensáveis para a tarefa do repensar. São a fraternidade, que atrai o perfil protetivo nas relações enfocadas individualmente entre trabalhador e empregador; e a consciência de classe, que ressalta a imprescindibilidade de um ente coletivo renovado para os problemas hodiernos.

Faz-se necessário explicitar a idéia de renovação do sindicato. Reconhecida a crise do sindicalismo, conseqüência da crise do Direito Laboral acentuada pelos fenômenos do desemprego estrutural e da terceirização, poder-se-ia abandonar a entidade de classe, acaso entenda-se que os conflitos de classe já foram superados pelas atuais relações de trabalho. É esta a propaganda da nova relação interativa de parceria empregado-empresa.

De outro lado, do materialismo dialético, que dirige epistemologicamente a pesquisa, cumpre negar o discurso do fim dos conflitos de classes e reforçar a atuação coletiva, a partir da autocrítica acerca dos instrumentos, recursos e atitudes sindicais que não foram aptos para enfrentar os atuais conflitos capital-trabalho. Impõe-se produzir novas práticas sindicais que aglutinem outros sujeitos (sociedade civil, consumidores, movimentos populares) no conflito trabalhista. É preciso construir atitudes e representações tão heterogêneas como são heterogêneos os trabalhadores atuais, conquanto mantenha-se a centralidade da questão do trabalho (ANTUNES, 2003).

Justifica-se a centralidade do trabalho e da imperiosidade da ação sindical, pois o conflito de classe persiste – ainda que sob formas novas e distintas da relação de emprego. Justamente pela falta de proteção legal, a mais-valia tem se potencializado nas relações de trabalho, a jornada de trabalho tem sido elasticada, com os lucros e a produtividade num

patamar nunca visto antes. Mas o trabalhador, em termos gerais, continua hipossuficiente, tornando os versos de Vinícius de Moraes ainda válidos:

- Dar-te-ei todo este poder e a sua satisfação. Porque a mim me foi entregue. E dou-a a quem quiser. Dou-te tempo de lazer. Dou-te tempo de mulher. Portanto, tudo que vês, será teu se me adorares. E, ainda mais, se abandonares. O que te faz dizer não.

Disse e fitou o operário, que olhava e refletia. Mas o que via o operário O patrão nunca veria. O operário via casas e dentro das estruturas Via coisas, objetos produtos, manufaturas. Via tudo que fazia O lucro do seu patrão. E em cada coisa que via misteriosamente havia A marca da sua mão. E o operário disse: não!

- Loucura! - gritou o patrão. Não vês o que te dou eu?  
- Mentira! - disse o operário. Não pode me dar o é meu. (MORAES, V, 2003, p. 205)

Este diálogo permanece real, noutras simbologias e pressões, vivificado nas cotidianas tentativas de cooptação daquele que se insurge, que se opõe. Não obstante, a resistência se mantém, com a denúncia de Márcio Túlio Viana:

Na dialética da resistência, a síntese pode ser tanto a vitória do justo, como a do injusto – como nos mostravam, ainda crianças, as velhas fitas de índio nas matinês dos domingos ... E como tudo tem seu oposto, a resistência convive com a submissão: a história do agressor também é a do agredido, que ora se curva porque quer, ora por não ter como reagir. (VIANA, 1996, p. 24).

Por fim, uma leitura contemporânea do princípio da proteção sinaliza para a conclusão de que é preciso manter o caráter protetivo do Direito do Trabalho. Além disto, é indispensável um sistema sindical que consagre e torne efetiva a liberdade sindical, iniciando-se pela ratificação da Convenção 87 da OIT e a adoção de medidas que combatam as ações anti-sindicais.

Se o Direito do Trabalho surgiu para compensar as desigualdades econômicas, reduzindo a coação viciadora da vontade (CATHARINO, 1982, p.202), torna-se imprescindível expandir seu leque protetivo. O princípio da proteção não pode quedar-se frente as novas relações de trabalho com desigualdade econômica, com coação implícita que estabelecem condições análogas à gênese do Direito do Trabalho.

Urge, contemporaneamente, iniciar (re)nascimento de uma disciplina laboral capaz de regular e proteger os trabalhadores em todas as relações de trabalho com hipossuficiência, ainda que com tutelas diferenciadas. Faticamente, proteger ao trabalho

implica proteger o homem e sua dignidade: papel inarredável do Direito e cumprido com maestria pelo Direito do Trabalho. Precisa-se, enfim, seja no plano legislativo ou interpretativo transformar estas utopias em realidade e confirmar as (mais urgentes) esperanças.

## **Capítulo VI - Conclusões.**

Cumpre, ao final da pesquisa, em termos sintéticos, formular algumas conclusões. Em verdade, tem-se inconclusões, uma vez que a análise apresentada carece de desenvolvimento, crítica e superação, eis que, como todo conhecimento científico, caracteriza-se como provisório e histórico. Desta maneira, o prefixo *in* não fragiliza as contribuições adiante transcritas, apenas procede a devida limitação epistemológica e metodológica.

- 1.** A crise do Direito do Trabalho deve ser entendida como o reflexo das crises do Estado (frente à globalização e o

neoliberalismo), da Ciência (na transição entre o moderno e o pós-moderno) e do Direito (patrimonialista, individualista e inefetivo), e a crise do Trabalho (reestruturação produtiva, heterogeneidade e desemprego estrutural). As repercussões no Direito Laboral desta crise são flexibilização (redução de direitos), terceirização (dissociação da categoria e enfraquecimento dos sindicatos) e precarização (inexistência de direitos).

**2.** No contexto de crise, duas correntes se apresentam: uma liberalizante (diminuição da rigidez e aproximação do Direito Civil) e outra protecionista (conservação e expansão da proteção). A pesquisa acolhe a corrente protecionista.

**3.** No processo de gênese juslaboral, constatou-se que sua ontologia originária (e, portanto, sua marca maior) é a feição protetiva em face da necessidade de real tratamento isonômico entre sujeitos distintos. A essência do Direito do Trabalho conecta-se indissociavelmente à qualidade pessoal de dependente do trabalhador, por essa razão se faz protetiva e tutelar.

**4.** A hegemonia da teoria da subordinação jurídica é obra de um positivismo cientificista doutrinário, que rechaçou conceitos subjetivistas, apoiando-se na (pseudo) neutralidade e segurança de conceito (dito) objetivo. O critério da subordinação jurídica é interpretação doutrinária e jurisprudencial de um dispositivo legal bem mais amplo que, literalmente, refere-se só a *dependência* (art. 3º CLT).

**5.** Na tentativa de fuga à proteção trabalhista, as novas engenharias produtivas estabeleceram relações de trabalho à margem do conceito de subordinação jurídica (externalização), ensejando à crise deste. O paradigma desta crise é o trabalho parassubordinado, que iniciou o debate sobre a necessidade de novos critérios.

**6.** O princípio da proteção não é responsável pela inefetividade das garantias e direitos trabalhistas, tampouco ele inibe a criação de empregos, como afirmam os flexibilistas. A flexibilização e precarização, ao contrário, não consegue fomentar novos empregos ou mesmo melhorar o padrão salarial do empregado, tornando-se, concretamente, medida de redução dos custos, sem consideração do valor social do trabalho.

**7.** Um Direito do Trabalho mais flexível ou desregulamentado, como aquele proposto pelos liberalizantes, confere tratamento formal à questão material da desigualdade fática. Ao desconsiderar a necessidade de proteção, pode até institucionalizar a superioridade do empregador e seus atos coatores da vontade individual do trabalhador, através da (neutra) pretensão de regulamentar-harmonizar o conflito capital-trabalho.

**8.** Os dados do mercado de trabalho demonstram a (continuidade) da hipossuficiência do trabalhador, agravado pelo decréscimo do emprego e ascensão de novas formas de trabalho.

**9.** A doutrina contemporânea confere aos princípios uma força normativa própria que vincula o intérprete. Os princípios e valores constitucionais, eivados de função normativa, são manejados numa racionalidade ponderativa, mediante princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade no Direito do Trabalho conduz à proteção (prevalência da dignidade humana e valorização do trabalho sobre a propriedade privada e livre iniciativa), que pode ser afastada excepcionalmente pela facticidade.

**10.** O expansionismo juslaboral, a nova Competência da Justiça do Trabalho e o exemplo italiano do Contrato a Projeto são paradigmáticos ao sinalizar a expansão da proteção trabalhista.

**11.** A par disso, o repensar do princípio da proteção ocorre em três vertentes:

- i)** Reafirmar, no contexto de crise, o caráter protetivo do Direito do Trabalho, negando as correntes liberalizantes e flexibilistas.
- ii)** Ampliar a proteção trabalhista, mediante uma releitura constitucional do conceito de empregado, com ênfase na teoria da dependência que contempla os trabalhadores parassubordinados, desde que haja dependência econômica.
- iii)** Necessidade de se reconstruir um (novo) Direito do Trabalho, no viés do expansionismo, para o atual mundo do trabalho heterogêneo e plural, capaz de conferir tutelas mínimas para todos os trabalhadores, assegurando-se condições dignas de sobrevivência.

**12.** Em termos conclusivos, defende-se que a manutenção da tutela do empregado e a invenção de novas tutelas para os trabalhadores heterogêneos e diferenciados representam um caminho de saída da crise do Direito do Trabalho, que reafirma a proteção e coaduna com a dignidade. A ontologia juslaborista – que inspira a expansão do Direito Laboral – indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados. Enfim, assegurar proteção ao todo e qualquer tipo de trabalho é assegurar proteção ao homem e sua dignidade, valor maior da Constituição e da própria sociedade.

## Referências

ANDRADE, Carlos Drummond. **A rosa do Povo**. 25ª ed. Rio de Janeiro: E. Record, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sentimento do mundo**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: E. Record, 2005.

ALBORNOZ, Suzana. **O que é Trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. **Repensando os princípios: princípios constitucionais sócias trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, Revista abr.2004,

\_\_\_\_\_. **Fim ou reinício do Direito do Trabalho no Brasil**. In *Novos nomes de Direito do Trabalho*. PAMPLONA, Rodolfo (org). Salvador: Fundação Orlando Gomes, 2004.

ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004.

ALVES, Manuel João e GONÇALVES, Fernando. **Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** 7ª. São Paulo: Cortez, Universidade Estadual de Campinas, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos**. São Paulo: Página Aberta, 1995.

BARROS, Cássio Mesquita. **O futuro do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, maio/2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das normas jurídicas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIBLÍA SAGRADA. São Paulo: Vida, 2001.

BEJAMIM, César. O desafio da globalização. *In* Opção Brasileira. Rio de Janeiro, Contraponto, 1998.

BENIMAR, Marcus R. M. **As transformações no Direito do Trabalho e o princípio da irrenunciabilidade**. São Paulo: LTr, junho/2002;

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2º Ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

BRAGA, Thaiz. **A ocupação informal na região metropolitana de Salvador: análise das décadas de oitenta e noventa?** *In* Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Salvador: SEI, 2003.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Relação de Trabalho: Enfim, o Paradoxo Superado**. *In* COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (orgs). Nova Competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 54-61.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2001.

BRASIL. **Decreto 5254/43 - Consolidação das Leis do Trabalho.** Poder Executivo, Brasília, DF, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 2005.

BOTIJA, Eugenio Perez. **El Derecho del Trabajo.** Madrid: Revista de Direito Privado, 1947.

BUENO, Amilton. **Flexibilização X Direito Alternativo.** In SOUZA JR, José Geraldo (Org). *Série o Direito achado na rua* Vol. 2: Uma introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARELLI, Rodrigo Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho.** 29ª Ed. São Paulo: Ltr, 2004.

CASSERMELLI, Noemia C. G. **O Direito do Trabalho e suas perspectivas na sociedade de transformação.** São Paulo: LTr, out.2001.

CASTILHO, José Luciano. **A Reforma do Poder Judiciário – Dissídio Coletivo e o Direito de Greve.** In COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (orgs). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada.* São Paulo: LTr, 2005, p. 247-258.

CATHARINO, José Martins. **Direito do Trabalho: Estudos, ensaios, pesquisas.** Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1979.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de Direito do Trabalho.** 1ª Volume. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. **Neoliberalismo e seqüela.** São Paulo: LTr, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CORNESSE, Isabelle. **La proportionnalité em Droit du Travail**. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. In Revista Bonijuris. V 13. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001.

\_\_\_\_\_. **A indisponibilidade de direitos trabalhistas**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 2000. (a)

\_\_\_\_\_. **Globalização e Direito do Trabalho**. In Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas. Porto Alegre, 2000 (b).

\_\_\_\_\_. **Função social do contrato individual de trabalho**. In Transformações do Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000. (c)

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio da Proteção e a Flexibilização das normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

CUEVA, Mário De La. **Panorama do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1965.

CUT. [www.cut.org.br](http://www.cut.org.br). Acesso em 01/11/2003.

DALLEGROVE NETO, José Afonso. **Novos contornos da relação de emprego diante dos avanços tecnológicos**. São Paulo: LTr, jul.2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. In [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), acesso em 10/03/2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª Ed São Paulo: LTr; 2005.

\_\_\_\_\_. **A essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, Revista LTr outubro/2001.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIEESE. [www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br). Acesso em 10/06/2006.

DONATO, Messias Pereira. **Formas atípicas de trabalho subordinado**. *In* Modernização do Direito do Trabalho: renúncia e transação e formas atípicas de trabalho subordinado. CARDONE, Marly (coord.). São Paulo: LTr, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direito a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedich. **O papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. 2º. São Paulo: Global, 1984.

FAVA, Marcos Neves. **O esmorecimento do Poder Normativo – Análise de uma aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho**. *In* COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (org.). Nova Competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 276-291.

FERRARI, Irany. **As novas formas de trabalho**. São Paulo: LTr, jan. 2003;

\_\_\_\_\_. **Formas atípicas de trabalho subordinado**. *In* Modernização do Direito do Trabalho: renúncia e transação e formas atípicas de trabalho subordinado. CARDONE, Marly (coord.). São Paulo: LTr, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação**. 3ª. São Paulo: Atlas, 2001.

FILGUEIRAS, Luiz e PINTO, Eduardo Costa. **Afinal quem são os desempregados na RMS?** *In* Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Salvador, SEI, 2003.

FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro.** Petrópolis. Vozes, 2000.

FREITAS, Carlos Eduardo. **Precarização e Leis do Trabalho na era FHC.** CUT. São Paulo: CUT, 2001;

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 7ª ed.. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005.

GENRO, Tarso. **Crise da Democracia.** Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Individual do Trabalho: uma abordagem crítica.** São Paulo: LTr, 1985.

GIGLIO, Wagner. **O futuro do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, out/2004.

GOMES, Dinaura Godinho. **A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica.** São Paulo: LTr, dezembro/2002.

GOMES, Orlando. **Aspectos da Crise do Direito do Trabalho.** *In* Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago de. **Filosofia do Trabalho.** *In* FILHO FRANCO, Georgeton de Souza (org). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.

HOUAISS, António. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos Direitos do Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais**. São Paulo: Ltr, 2000.

JUNIOR, Cesarino. **Direito Social**. São Paulo: Ltr, Universidade de São Paulo, 1980;

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 3ª. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEDUR, José Felipe. **A realização do Direito ao Trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Roberto Basilone. **Desregulamentação, flexibilização e reconstrução do ordenamento trabalhista: o trabalhador entre o neoliberalismo e o garantismo**. São Paulo: LTr, dez.2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Por que se aplicam os princípios trabalhistas nas relações de trabalho não subordinado**. In Revista LTr. São Paulo: LTr, abr.2005.

\_\_\_\_\_. **Os princípios de Direito do Trabalho diante da reforma neoliberal**. In Revista LTr. São Paulo: LTr, maio.1997.

LUNARDON, Fiorella. **Lavoro a progetto e lavoro occasionale**. In Tipologie Contrattuali a progetto e occasionale certificazione dei rapporti di lavoro. CARINCI, Franco. Itália, IPSOA, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. In SOUZA JR, José Geraldo (Org). Série o Direito achado na rua Vol. 2: Uma introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

KONDER, Leandro. **O que é Dialética**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1988.

MACHADO, Sidnei. **A subordinação jurídica na relação de trabalho. Uma perspectiva reconstrutiva**. Tese de Doutorado. Curitiba, UFPR, 2003.

MALTA, Tostes e ALVES, Ivan Dias. **Você conhece Direito do Trabalho?** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979;

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1987.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método**. São Paulo: Forense, 1990.

Martins, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas; 2004.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**, Coleção Clássicos Filosofia/Ciências Sociais. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998;

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. In Manuscritos Econômicos Filosóficos. São Paulo: Martin Claret, 2001;

\_\_\_\_\_. **Manifesto do Partido Comunista**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1954.

\_\_\_\_\_. **Manuscritos econômicos-filosóficos e outros textos escolhidos**. Coleção os Pensadores. 2ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MASI, Domenico De. **Desenvolvimento sem Trabalho**. São Paulo: Ed Esfera, 1999;

MELLO, Thiago. **Poemas Preferidos pelo autor e seus leitores**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2001;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 3ª. São Paulo: LTr, 1986;

MORAES FILHO , Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 1991.

MORAES, Vinícius. **Nova antologia poética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita. Repensar a reforma, reformar o pensamento**. 5º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O novo âmbito do protecionismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, Revista de Agosto/2002.

NAZAR, Nelson. **Desafios e perspectivas de relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, out.2001.

OLEA, Manoel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **O Direito em Nova Misericórdia: práticas de um pluralismo jurídico comunitário**. In Revista da AATR, nº 2. Salvador: AATR, 2004.

\_\_\_\_\_. **Repensando o Direito do Trabalho**. Jornal A Tarde, Salvador, 17 out. 2004, Judiciárias.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre a Crise do Direito do Trabalho.** *In*  
[http://www.anamatra.org.br/opiniaio/artigos/ler\\_artigos.cfm?cod\\_conteudo=6583&descricao=Artigos#](http://www.anamatra.org.br/opiniaio/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=6583&descricao=Artigos#), acesso em 10/05/2006.

OORSCHOT, Win Van. **Dutch “flexicurity” policy: flexibility and security for Dutch workers?** Geneva: International Social Security Association, 2003.

ORMAETXEA, Eudurne Terradillos. **Princípio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo**, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004;

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA COSTA RICA. *In*  
[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_america\\_dir\\_humanos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_america_dir_humanos.htm). acesso em 10/03/2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Nova Face do Direito do Trabalho e a Globalização. *In* **Revista Nacional de Direito do Trabalho**", vol. 58, Ribeirão Preto/SP: Nacional de Direito Livraria Editora Ltda, ano 6, fev.2003, p.57/62.

\_\_\_\_\_. **A nova competência da Justiça do Trabalho (uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988)**. São Paulo: LTr, jan.2006.

\_\_\_\_\_. **Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública.** *In* Revista de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, nº 101, ano 27, jan-mar.2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Gagliano, Pablo Stoze. **Novo curso de Direito Civil: Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

PED, Pesquisa de Emprego e Desemprego na RMS. *In*  
<http://www.dieese.org.br/ped/ped.xml>, acesso em 15/05/2006.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: Ltr, 2000.

POCHMANN, Márcio e BORGES, Altamiro Borges. **A era FHC: a regressão do Trabalho**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2002.

PROCURCIA, Pedro. **O fim da subordinação clássica no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, fev.2002.

PINTO, Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3ª. São Paulo: LTr, 1997.

\_\_\_\_\_. **Trabalho como Valor**. São Paulo: Revista LTr, dez.2000.

\_\_\_\_\_. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a Justiça do Trabalho: reflexos, inovações e impactos**. In COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (orgs). **Justiça do Trabalho: Competência Ampliada**. São Paulo: LTr, 2005, p. 219-246.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2000.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **O Direito do Trabalho?** In PIMENTA, José Roberto Freire (org.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1979.

\_\_\_\_\_. **A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho**. In **Direito do Trabalho: Temas em Aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **A flexibilização das leis do Trabalho em debate: choque e correntes**. In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). **Presente e Futuro nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. **O princípio da proteção em xeque**. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. **A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados**. In **Competência da Justiça do Trabalho**. Curitiba: Gênese, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudios. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios de direito do trabalho**. Tradução Edílson Alkmim Cunhal. São Paulo: LTr, 1995.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tradução de Élon Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de Direito do Trabalho**. Tradução de Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Nozioni di Diritto del Lavoro**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. 3ª. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. **Porquê pensar?** *In* Revista da AATR. Ano III, nº 3. Salvador: Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais, 2005.

SFERRAZZA, Mauro. **Il contratto di lavoro a progetto**. Milano, Giuffrè Editore, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. **O teletrabalho**. *In* Revista LTr. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização** In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. **Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação.** . In *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, 27, julho/setembro de 2001.

\_\_\_\_\_. **O estado atual dos princípios do direito do trabalho.** In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA/ Faculdade de Direito*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, 2004.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Patrícia Pugliesi. **A nova informalidade na região metropolitana de Salvador.** In *Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia*. Salvador, SEI, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos.** São Paulo: LTr, 2001.

SOARES FILHO, José. **A crise do Direito do Trabalho em face da globalização.** São Paulo: LTr, outubro/2002.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Laumar Neves de. **Formalização na RMS: é ou não o fim da precarização?** In *Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia*. Salvador, SEI, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Pai afasta de mim este cálice.** São Paulo: LTr, dez.2003.

- SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O Futuro do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, out.2000.
- \_\_\_\_\_. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000 a.
- \_\_\_\_\_. **História e perspectiva do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, fev.2002.
- \_\_\_\_\_. **As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário**.  
*In* COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (orgs). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 15-31.
- SÚSSEKIND, Arnaldo, et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 8ª. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1981.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- TRINDADE, Washington Luiz. **O Superdireito nas relações de trabalho**. Salvador: Salvador, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Formas novas contratuais entre o trabalho precário e o voluntário**. Revista T& D. São Paulo: 1998.
- \_\_\_\_\_. **A avulsidade e o declínio do salariado**. Revista T& D. São Paulo: 1998.
- \_\_\_\_\_. **A desregulamentação entre a liberdade e a lei**. Revista T& D. São Paulo: 1995.
- \_\_\_\_\_. **O globalismo e a Mcdonaldização das relações jurídicas**. São Paulo: LTr, Revista LTr, dez.2000.
- TRT 5ª. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia**. [www.trt05.gov.br](http://www.trt05.gov.br) Acesso em 05/11/2005;
- TRT 9ª. **Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região – Paraná**. [www.trt09.gov.br](http://www.trt09.gov.br) Acesso em 10/11/2005;
- TST. **Tribunal Superior do Trabalho**. [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br) Acesso em 05/05/2006; 2006
- VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico.** São Paulo: LTr, jul.2002.

\_\_\_\_\_. **As Relações de Trabalho sem vínculo Emprego e as Novas Regras de Competência.** In COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos (org.). Nova Competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. **Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado.** In PIMENTA, José Roberto Freire (org.). Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Senso Comum Teórico dos Juristas.** In Série o Direito achado na rua. 4ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito.** 2º. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.