

REFLEXÕES SOBRE A PERSPECTIVA EUROPÉIA ACERCA DO FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO, A PARTIR DA TRADIÇÃO DOUTRINÁRIA BRASILEIRA

*Luiz Felipe Monsores de Assumpção**

RESUMO:

O presente ensaio visa a expor algumas reflexões, que foram naturalmente desencadeadas a partir da leitura crítica do artigo “A Questão do Futuro do Direito do Trabalho, Visão da Europa”, de autoria do Professor Antoine Jeammaud, publicado no livro “Trabalho, Cidadania & Magistratura”¹. Tais reflexões são, em verdade, uma tentativa de submeter a percepção européia ao crivo da doutrina juslaboralista brasileira, no intuito de estabelecer quão diversos seriam os prognósticos de um futuro do direito do trabalho, considerando as transformações no mundo do trabalho: uma de tantas expressões da globalização. No trajeto, pretende-se pontuar os nichos onde se localizam os principais argumentos a favor da extinção, refundação ou adaptação do direito do trabalho, para, ao final, concluir pela existência, ou não, de possibilidades de releitura dessa disciplina, que orbitem fora da noção de flexibilização e/ou desregulamentação.

Palavras-chave: Reflexões doutrinárias. Futuro. Direito do Trabalho.

ABSTRACT:

This essay aims at publicizing some of the reflection that naturally sprang from the critical reading of the article “The Future of Labor Law Issue, European View”, written by Prof. Antoine Jeammaud and published in the book “Trabalho, Cidadania & Magistratura” (“Work, Citizenship and Magistrature”). Such reflection is actually an attempt to submit the European perception to the judgment of the Brazilian labor law doctrine, aiming at establishing how diverse the prognostics would be of a labor law future, considering the labor world changes: one out of many globalization expressions. As a means of achieving such a goal, the gaps will be exposed where the main arguments in favor of the extinction, resetting or adaptation of labor law remain, so as to conclude on the existence or inexistence of new possibilities of understanding this subject far from the notion of weakening or deregulation.

Keywords: Doctrinaire Reflections. Future. Labor Law.

* Luiz Felipe Monsores de Assumpção é Economista e Bacharel em Direito, especialista em Direito do Trabalho e mestre em Direito e Sociologia, Auditor-Fiscal do Trabalho e professor de Direito do Trabalho no Centro Universitário Geraldo Di Biase.

¹ Livro publicado em 2000, em co-autoria com os Professores Joaquim Leonel de Rezende Alvim e Roberto Fragale Filho. Ambos são membros permanentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF.

PRÓLOGO

Naquela época, meu pai chefiava o Departamento de Serviços Públicos do município de Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro. Era de sua responsabilidade o serviço de conservação de ruas, praças e jardins e, principalmente, o de limpeza urbana. Apesar de se orgulhar do seu ofício, meu pai vivia reclamando do quanto era “difícil manter a cidade limpa”, pois não havia muitos caminhões para fazer a coleta residencial, e as pessoas acabavam por depositar o lixo nas esquinas. Diante de sua permanente frustração, indaguei ao meu pai do porquê de não colocar caçambas, para que as pessoas depositassem seu lixo, evitando assim que ele se espalhasse pelo chão. Mal concluí a pergunta e ele me respondeu: “Jamais! Pois o correto seria estender a coleta de lixo a todas as residências, e não oficializar as lixeiras nas esquinas”.

INTRODUÇÃO

Este ensaio não tem a pretensão de ser um estudo comparativo entre sistemas europeu e brasileiro de relações de trabalho, tampouco de esgotar, em seu amplo espectro, o que chamamos de “visão européia” sobre o futuro do Direito do Trabalho, embora sejam muitas as referências a autores e estudos realizados no velho continente, incluindo aquele que consideramos, nos últimos tempos, o mais significativo: o Relatório Supiot.

O que se almeja, nesta oportunidade, é flertar com a visão européia a partir da percepção de um de seus mais respeitados representantes, o Professor Antoine Jeammaud, cujo entendimento refletido em “A Questão do Futuro do Direito do Trabalho, Visão da Europa”, traduz as mais importantes profecias acerca do futuro do Direito Laboral.

Sem conter o ímpeto crítico, as tais reflexões doutrinárias perscrutam a base triádica (normação, jurisdição e administração) do sistema juslaboral brasileiro, tomando-o como um contraponto ao debate europeu acerca do futuro do Direito do Trabalho, objetivando descobrir se há, ou não, distinções de caráter ontológico-doutrinário entre o “direito social” praticado no Brasil e na Europa.

Este trabalho é o aceite do “convite” feito pelo próprio Prof. Jeammaud, em seu texto, quando considera a possibilidade de o leitor brasileiro não se interessar muito por essa visão européia do futuro do Direito do Trabalho, nem tanto pelo fato de possuímos um Direito Trabalhista substancialmente diverso daquele praticado na Europa, mas em virtude de que grupos expressivos de trabalhadores brasileiros, potenciais interessados num projeto de expansão do

ramo jurídico, estejam distribuídos em importantes nichos sócio-econômicos (economia informal e o movimento dos sem-terra, por exemplo), nos quais o modelo empregatício não é necessariamente o prevalente ou, até mesmo, o adequado.

A ideia de desenvolver um ensaio a partir de um texto específico não foi fruto, se não, de um estranhamento e, talvez, perplexidade em relação à abordagem europeia e, nalguns pontos específicos, à própria visão do Prof. Jeammaud sobre o mundo do trabalho e a disciplina jurídica que o circunscreve. De certa forma, a impressão que fica após a leitura do texto é que pouco daquilo, de fato, dizia respeito ao Brasil. Que ao contrário do que afirmara o Professor, o Direito do Trabalho europeu era totalmente diverso do brasileiro, a começar por sua plataforma principiológica, caracterizada pela adesão aproximadamente uniforme ao rol de postulados introduzidos pela doutrina de Américo Plá Rodríguez, algo que, noutra oportunidade, relativizara o jurista europeu.

Uma análise apressada sobre as orientações do Relatório Supiot, expressas no artigo do Prof. Jeammaud, sugere que a Europa não havia superado, ainda, a promessa de igualdade e liberdade da Revolução Francesa, pois a regra europeia parecia ser a de um Direito do Trabalho *laissezfaireano*, segundo o qual a verdade das relações de trabalho era uma mera tradução do contrato, seja de que tipo for.

Esta análise em primeira mão se mostrou equivocada, como revelou a literatura comparada e, principalmente, o próprio Relatório Supiot.

Desse modo, gerou-se uma nova percepção, desta vez preocupante: a de um regresso, em nome do progresso. Sendo isto verdadeiro, não haveria mais dúvida: o leitor brasileiro deve ter muito interesse em tudo o que acontece na Europa.

Os textos brasileiros contemporâneos, sobretudo os que discutem a suposta crise do Direito do Trabalho, mostram que certas tendências flexibilizantes/precarizantes das relações de trabalho foram, de fato, institucionalizadas no velho continente, como o caso da parassubordinação, cuja consequência para o estudo do Direito Laboral foi a criação de um *tertium genus*. Esta tendência, ao menos por ora, é rejeitada por aqui.

Talvez seja justamente por isso que o juslaboralista brasileiro “progressista” é justamente aquele que invoca o formato clássico do direito-que-protege-o-trabalhador, por achar estranho que o Direito do Trabalho seja ontologicamente desfigurado, enquanto que legislações

que sugerem novos paradigmas de cidadania, como a consumerista, reinauguram tais postulados protetivos sobre outras bases, que não a debilidade econômica.

O texto inicia com uma tentativa de releitura da base dogmática do direito social, a partir do reconhecimento do seu caráter polissêmico. Esta “reflexão dogmática” objetiva a mitigar a ideia de “senso comum científico” de que a ciência jurídica, a despeito de seu vetor operacional, é impermeável à interdisciplinaridade. Em seguida, introduz-se uma análise substancial do Direito do Trabalho, no intuito de compreender a sua suposta incapacidade para decifrar a realidade do trabalho contemporâneo. Por fim, após estabelecer o *locus* da crise do Direito do Trabalho, serão apresentadas algumas possibilidades de reconfiguração do núcleo fático do Direito Laboral: a subordinação jurídica.

Em razão do trajeto percorrido, este ensaio alterna momentos de experiência analítica, de reflexão histórica, de construção dialética e, sem negar o fato de que se trata de um texto predominantemente jurídico, flerta constantemente com o método indutivo, como faz gosto ao Direito.

Modo geral, o que se propõe é verificar se as questões levantadas pelo Prof. Jeammaud, em torno das diretrizes e orientações expostas no Relatório Supiot, tomado aqui como a expressão do pensamento europeu acerca do Direito do Trabalho são, de fato, alternativas legítimas que se voltam para o revigoramento da disciplina, ou são, ao invés, formas elaboradas de refundação ontológica, propostas como condição para a institucionalização daquilo que se considera – como lixeiras nas esquinas – a oficialização das formas precarizadas de trabalho.

REPENSANDO A DOGMÁTICA JURÍDICA EM PROL DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Para Miguel Reale (2003, p. 321), a ciência do direito é complexa, pois ela se propõe a estudar o fenômeno jurídico em todas as suas manifestações e momentos. A experiência jurídica aperfeiçoada e acabada em leis não é a única matéria dos cientistas do direito, mas também o “fato jurídico desde as suas manifestações iniciais até aquelas em que a forma se aperfeiçoa”.

Ainda segundo o autor, por dogmática jurídica, em sua acepção clássica, tem-se a circunscrição da ciência do direito ao âmbito das regras ou normas já postas ou vigentes. Trata-se, pois, do “estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios”.

O próprio Reale reconhece que a conceituação da dogmática jurídica não é pacífica, ressaltando, entre nós, a posição de Pedro Lessa (2002), para quem a dogmática jurídica consiste no trabalho secundário de interpretação e aplicação das normas, após a ciência do direito construir a plataforma principiológica, através de um processo de pesquisa de base indutiva. “Esse trabalho acessório teria cunho puramente artístico, variável segundo a capacidade de apreensão de cada estudioso, sem possuir as qualidades de estabilidade e de certeza que caracterizam os conhecimentos científicos” (REALE, 2003, p. 322).

No entanto, para o filósofo-jurista brasileiro, a dogmática jurídica seria uma ciência diversa da própria ciência do direito, que particulariza uma faceta da teoria geral do direito, quando esta “determina as estruturas lógicas da experiência jurídica, no âmbito e em função das exigências normativas constantes do ordenamento em vigor”. Nesse sentido, a pesquisa jurídica, para Reale:

[...] visa sempre a um momento de aplicação. O sociólogo poderá estudar o fenômeno jurídico sem qualquer preocupação de ordem prática, buscando descobrir os nexos causais ou as constantes que existem entre o fato social e o mundo jurídico. O jurista, porém, como cientista do direito, não poderá jamais parar ou suspender a sua pesquisa, no plano meramente compreensivo, porquanto, no mundo jurídico, a compreensão se converte necessariamente em normação. (REALE, 2003, p. 323).

Considerando a influência de Miguel Reale no universo jurídico brasileiro, notadamente no plano da formação do jurista², é perfeitamente compreensível que a noção hegemônica acerca da dogmática jurídica se situe no campo da formulação de proposições jurídicas, isto é, o ofício de interpretar um texto, tirar conclusões, coordená-las e sistematizá-las na conformidade dos princípios gerais e específicos, visando ao problema da aplicação.

² Basta lembrar que as “Lições Preliminares de Direito”, de 1973, é leitura obrigatória até hoje nas disciplinas introdutórias nos cursos de direito no Brasil. O próprio livro, segundo o prefácio do autor à 21ª edição, lançada em 1993, informa que a obra “nasceu na sala de aula”, a partir da compilação das apostilas confeccionadas pelo autor.

A expressão “dogmática jurídica” assusta, à primeira vista, por remeter a “dogma”³, como uma “imposição à inteligência e uma violentação aos valores da consciência”. Reale explica que essa confusão terminológica costuma induzir nos estudantes a ideia de que as proposições jurídicas são – de fato – dogmas. Indiscutíveis, pois, pela sua natureza; mandamentos que se espera sejam reproduzidos “religiosamente” através do ato de lecionar, de advogar, de julgar.

Falso. Não são as proposições, em si mesmas, dogmáticas. O atributo “dogmático” se aplica à matéria de estudo do jurista: as regras jurídicas, que nesse sentido são dogmas, “porquanto não podem ser contestadas na sua existência”. Decerto que pode haver discussões acerca do alcance das normas, bem como de sua eficácia, “mas ninguém poderá excusar-se alegando ignorar o texto da lei ou por ser contrário aos seus objetivos”. (REALE, 2003, p. 325).

A regra jurídica, uma vez positivada, não pertence mais ao legislador, mas sim ao universo, muitas vezes imperscrutável, da experiência sócio-jurídica. É no mundo da vida (*lebenswelt*) que se dão os fenômenos jurídicos, para os quais a norma é direcionada. Seu comando, genérico e abstrato, produz muitas vezes efeitos autônomos e onidirecionais, não raro atingindo alvos e objetivos que jamais haviam sido especulados por aqueles que a editaram. Lançar-se para a compreensão desses efeitos é, pois, o papel do jurista, em sua dogmática.

Reale limita a atuação do jurista à formulação de proposições, não lhe cabendo a criação mesma da norma jurídica. Para outros autores brasileiros contemporâneos, no entanto, é o jurista que, de fato, cria a norma, pois lhe dá o sopro de vida na medida em que a interpreta:

O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. Por isto, hermenêutica é existência. É faticidade. É vida. (STRECK, 2003, p. 34).

Nota-se que, diferentemente de Reale, Lênio Streck atribui à dogmática jurídica, notadamente quanto a sua função interpretativa, um papel realmente (re) criador da norma. A partir de sua contundente crítica à (tradicional) hermenêutica jurídica, principalmente dirigida à

³ Conforme o Dicionário Eletrônico Houaiss: 1- Ponto fundamental de uma doutrina religiosa, apresentado como certo e indiscutível, cuja verdade se espera que as pessoas aceitem sem reclamar. 2- qualquer doutrina (filosófica, política etc.) de caráter indiscutível, por supostamente ser uma verdade aceita por todos.

interpretação da Constituição, Streck afirma que o mundo jurídico está colonizado, que a cultura jurídica está estandardizada, e que as decisões judiciais, nomeadamente as de cunho vinculante, não passam de resumidos *prêt-a-porters*, servindo tão somente de balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Ainda segundo o autor:

[...] o jurista – refém do sentido comum teórico –, aplica (porque interpretar é sempre aplicar) o Direito repetindo-o (reproduzindo-o) a partir de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo falado (pré-dito). É nesse contexto que uma análise do problema à luz da hermenêutica [...] procura estabelecer uma clareira (*lichtung*) apta a iluminar a noite que se abateu sobre a operacionalidade do Direito em *terra brasilis*.

O que Lênio Streck chama de Nova Crítica do Direito – NCD é mais bem compreendida contextualizando-a na temática constitucional. Nesse sentido, a análise da conformidade de um texto legal em face da Constituição deve ser precedida de uma pré-compreensão (pré-juízo) acerca do sentido que o intérprete tem da própria Constituição. Se esse pré-juízo está “corrompido por um sentido comum teórico no interior do qual a Constituição tem pouco valor [...] inexoravelmente este intérprete terá seríssimos prejuízos na aplicação da norma”. (2003, p.35).

Uma crítica à dogmática jurídica tradicional poderia se situar, portanto, no campo hermenêutico. Em vez das etapas de conhecimento, interpretação e aplicação, tem-se apenas a *applicatio*. Por esta ótica, o jurista cria a norma ao aplicá-la, impondo-lhe o enfrentamento da tradicional dicotomia entre juízo de equidade e segurança jurídica.⁴

Dessas posições aparentemente antagônicas é possível enxergar uma improvável convergência. Se ao jurista de Reale não cabe a criação da norma, matéria do legislador político, mas a formulação de proposições, criticáveis por excelência, através de um processo de apreensão, interpretação e aplicação da norma, a ação do jurista de Streck é criadora, pois o direito é vivificado na *applicatio*, onde se encontram amalgamadas todas as etapas descritas separadamente por Reale. Este, no entanto, ressalta que o ofício da dogmática jurídica clássica só é possível através do manuseio dos princípios informadores de determinada disciplina jurídica.

⁴ Observa-se, no Brasil, uma tendência em se privilegiar a segurança jurídica, em detrimento dos juízos de equidade. Ilustram essa tendência os mecanismos jurisprudenciais vinculatórios, cujo efeito colateral é o enrijecimento da produção interpretativa no âmbito jurisdicional, provocado, sobretudo, pela redução da autonomia das instâncias inferiores, tradicionalmente mais permeáveis à “realidade social”.

Esta percepção ganha renovada importância, em se tratando do Direito do Trabalho brasileiro, uma vez que o quadro regulatório básico das relações de trabalho foi analiticamente transportado para o texto constitucional, o que permite afirmar que o Brasil é um de muitos países que reafirmaram o Direito do Trabalho no plano constitucional (Direito Constitucional do Trabalho), condição que impõe ao estudioso juslaborista o enfrentamento da problemática da hermenêutica constitucional.

Desse ponto, partindo da visão de Streck, o pré-juízo do ente constitucional histórico permite ao jurista concluir que em toda Constituição reside uma promessa de modernidade. São, pois, as “promessas de modernidade” que devem orientar a interpretação da Constituição e o controle da constitucionalidade das normas⁵. Trata-se do resgate do caráter compromissário da Constituição, remetendo o intérprete de Streck, assim como o de Reale, aos princípios informadores do direito constitucionalmente posto, haja vista que ambos os juristas operam no âmbito de uma dogmática jurídica substancialista.

Desse modo, deslocando a dogmática jurídica para o plano constitucional, que no caso brasileiro, nomeadamente quanto aos direitos sociais, constitui capítulo especialmente importante, tem-se por reduzida a barreira que impede a realização de certas promessas que caracterizam um modelo de Estado Social. Porém, tal empresa não parece possível sem que se valorizem os ramos jurídicos de viés revolucionário, como o Direito do Trabalho, a partir de sua principiologia. O que se afirma, portanto, é que o jurista orientado por uma hermenêutica constitucional revisitada estaria habilitado a ser um agente catalizador da realização dos direitos sociais, a partir da pretensão transformadora dos ramos jurídicos que os encerra.

Mas afinal, de que jurista está-se falando?

Uma das críticas que Mario G. Losano (1998) faz ao introduzir *O Problema da Justiça*, de Kelsen, situa-se na dificuldade de localizar, na Teoria Pura, a figura do jurista. Kelsen reúne entre as atribuições do jurista a formulação do mosaico de interpretações possíveis que a

⁵ Streck critica a ditadura da “baixa constitucionalidade”, segundo a qual os juristas costumam se apegar literalmente ao texto constitucional, reproduzindo uma compreensão reducionista da Constituição, de pobreza intelectual, justamente porque o intérprete tem pouco conhecimento da Norma Ápice. Um exemplo de baixa constitucionalidade, segundo Streck, é o entendimento dominante acerca do instituto do indulto (CF/88, art. 84, XII), cuja concessão seria prerrogativa exclusiva do Presidente da República, no âmbito do exercício de um anacrônico poder de império. Para o autor, o indulto deveria ser compreendido como um direito subjetivo público de todo preso que reunisse os requisitos previstos no texto constitucional, não ficando a depender de um ato de caráter magistrático do Presidente da República.

norma legal pode ostentar, a fim de que o juiz, ou a autoridade administrativa opte *incidenter tantum* por aquela que melhor se adapta ao caso concreto, para o fim de elaboração da norma individual (decisão administrativa ou sentença judicial). A controvérsia se situa na hipótese de as próprias autoridades formalizarem o leque interpretativo, durante o processo de aplicação da norma legal. Nesse contexto, a decisão (administrativa ou judicial) não assumiria o caráter decisionista, no sentido em que Carl Schmitt emprega ao termo, haja vista que a etapa de formulação de possibilidades interpretativas e de escolha casuística de uma delas seriam, entre si, indistinguíveis, em termos de racionalidade. Nessa percepção mais ampliada do conceito de jurista, suas atribuições não estariam circunscritas ao reconhecimento de uma expertise jurídica, empregada à formulação de proposições jurídicas, pois um outro tipo de reconhecimento: o de poder elaborar normas individuais, a partir da aplicação das normas gerais, também poderia caracterizá-lo.

Aqui, no Brasil, é comum se referir ao “operador do direito” como aquele que em seu cotidiano profissional atua, exclusivamente, no plano das instituições da Justiça, isto é, no âmbito da atuação jurisdicional do Estado. Operadores são os advogados, magistrados, procuradores, promotores etc. É prestigioso ser um operador do direito em Pindorama, tanto que é possível identificar certo tensionamento entre tendências exclusivistas (e o atual critério de credenciamento profissional imposto pela Ordem dos Advogados no Brasil parece um bom exemplo) e expansionistas. Esta última pretendendo acomodar, sob o mesmo *status*, outras atividades que não sejam exclusivamente de índole jurisdicional, como as exercidas pelos delegados, fiscais etc.

Se, de fato, uma das condições para o reconhecimento da autonomia de certo ramo jurídico é, conforme Rocco, “conter doutrinas homogêneas dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos informadores de outras disciplinas” (RODRIGUEZ, 2002, p.23), tem-se que a estrutura garantista estatal, na qual atuam os operadores do direito, tende a reproduzir ideologicamente essa homogeneidade doutrinária, que se espraia para o ensino jurídico, tradicionalmente sensível à presença “em sala de aula” (ALVIM, 2006, p. 76) dos tais operadores do direito. Essa permeabilidade do ensino jurídico brasileiro aos operadores do direito configura, no entanto, uma relação simbiótica de reconhecimento: da excelência do curso jurídico, de um lado, da ascensão ao *status* de jurista, de outro. Portanto, ao menos por aqui, o

senso comum construiu a figura do jurista como todo e qualquer operador do direito. No imaginário de uma sociedade em que os conflitos são extremamente juridicizados (SANTOS, 2007), o “simples” exercício profissional da advocacia invoca determinados signos de poder, que são aspergidos sob a ação propelente dos códigos linguísticos próprios dos operadores do direito. Não é por outra razão que os projetos de composição de conflitos em sede extrajudicial, mesmo os mais promissores, sofrem com os efeitos da aura de autoridade que cerca todo advogado, que não consegue desencarnar da profissão e incorporar o papel de mediador, visto que sendo um especialista em lides é reconhecido socialmente como o detentor da solução justa do conflito (SIX, 2001).

Se a comutação de interesses configura o berço da formação do jurista brasileiro, que se revela como manifestações distintas e não excludentes de poder – mercadológico e corporativo – outras relações, não tão distintas, caracterizam o exercício profissional, mormente no âmbito do sistema jurisdicional brasileiro. A leitura *schmittiana* acerca do papel da jurisprudência justifica sua consolidação, tomando-a como condição para a racionalidade de um sistema jurídico fundado num direito criado *ex nihil* pelo líder decisionista (RODRIGUES, 2005). Desse modo, a jurisprudência estaria voltada à reafirmação do poder soberano, e tenderia ao imobilismo, ao menos enquanto se mantivesse intacta a estrutura do poder. Os ventos democráticos reconfiguraram o papel da jurisprudência, hoje havida – em tese – como moto transformador do direito realizado *in concreto*; de vaso comunicante entre o poder jurisdicional e a realidade social; de elemento vivificador do direito. No entanto, vê-se que os interesses ligados à ascensão funcional⁶, nomeadamente entre os magistrados, obscurece o espírito inovador das decisões judiciais, mesmo em primeira instância. Nesse mesmo sentido, a inquietude da jurisprudência, que costumava se mostrar nos julgados de primeiro e segundo graus, tenderia para a conformidade de um código interpretativo remansoso e hegemônico, sob a pressão dos tribunais superiores, tão permeáveis que são aos interesses políticos, às vezes insondáveis⁷, além de outros, por vezes inconfessáveis. Oficialmente, no entanto, todo esse esforço de “engessamento dos

⁶ Vale destacar a impactante entrevista dada à revista *Veja* pela Ministra Eliana Calmon, do Conselho Nacional de Justiça, em setembro do ano passado, disponível, entre outros sítios, em veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/eliana-calmon.

⁷ Pode-se destacar a publicação da súmula vinculante nº 4, e a recente decisão que retira da Administração Pública a responsabilidade subsidiária, nos casos de terceirização de serviços públicos. Em ambos os momentos o STF “desautorizou” a jurisprudência consolidada do TST.

mecanismos interpretativos” se justifica, quando se deseja realizar concretamente uma Justiça plena de eficácia⁸.

Mas a dogmática jurídica não se apresenta apenas no âmbito das ações ligadas à função jurisdicional. De fato, a realização analítica da dogmática jurídica se dá através da doutrina jurídica, cujo papel se amplia para além da formulação de proposições, abarcando as atribuições de consolidação da autonomia dos ramos jurídicos, formulação dos seus princípios informadores e a revisão do seu *corpus*. Porém, também aí a dogmática jurídica não estaria isenta de críticas, nem sempre contemporâneas, mas atuais, como a formulada por San Tiago Dantas, ao afirmar que os juristas estão acometidos de um *mal du siècle*, um “saudosismo, que, não concebendo facilmente a ciência jurídica adequada à época, sonha uma época adequada à sua ciência jurídica” (ROMITA, 2003, p. 39).

Destarte, as tais “reflexões doutrinárias” sobre o futuro do Direito do Trabalho são, basicamente, um exercício de revisitação de seus princípios e da reconstrução de sua autonomia. Um dos artifícios que consideramos proveitoso é a releitura dos autores clássicos, muitos dos quais foram contemporâneos do período de reconstrução do ideal de igualdade; da transmutação do justo contratual para o justo material. O resultado dessa operação costuma ser identificado como uma defesa renhida de uma concepção (considerada) ortodoxa do Direito do Trabalho. Porém, não é uma percepção fácil de sustentar, uma vez que a leitura atual, seja no campo doutrinário, jurisprudencial ou político, associa à corrente (considerada) progressista o que se poderia chamar de posições conservantistas (PORTO, 2009).

Incorporando um (provável) tipo ideal de jurista: o “juslaborista médio brasileiro”⁹, fruto (ou, na concepção de Streck, vítima) da (de)formação do nosso ensino jurídico e da superestrutura legislativa e jurisdicional, o ensaísta pretende explorar, como já foi dito, a brecha deixada por Jeammaud, quando em seu texto “A Questão do Futuro do Direito do Trabalho, visão da Europa”, deixa transparecer alguma dúvida acerca do interesse que os leitores brasileiros

⁸ Na forma proclamada pela CF/88, inovada pela Emenda Constitucional nº 45, que incorporou expressamente ao texto constitucional os princípios da efetividade da Justiça e da duração razoável do processo (inc. LXXVIII).

⁹ O “jurista médio” associa à percepção da realidade circundante a assunção de posições jurídicas em conformidade com um “modelo de normalidade” (curva normal). A construção subjetiva dessa percepção média da realidade bem que poderia seguir a lógica do “homem médio”, entidade da qual o Direito Penal se apropria para o estudo das causas de excludência de ilicitude ou culpabilidade. Já a racionalidade do processo de formulação de proposições jurídicas poderia ser analogicamente emparelhada àquela “racionalidade média” dos entes econômicos, empregada como uma regra de objetivação da variável constituída pelos elementos que influenciam a tomada de decisões baseadas no custo da oportunidade, no interior de modelos microeconômicos.

puddessem ter no debate sobre o Direito do Trabalho, segundo uma perspectiva “essencialmente européia” (JEAMMAUD, 2000, p. 34). Sob este prisma, já é possível antecipar: o interesse é total, pois o professor francês subestima o vigor com que os paradigmas trabalhistas europeus influenciaram (e influenciam) o pensamento juslaboral brasileiro¹⁰, o que pode ser medido pela densidade das críticas da nossa moderna doutrina a determinadas tendências, atualmente em debate na Europa.¹¹

Apesar da problemática epistemológica, centrada no debate em torno da metodologia do direito e da crise do ensino jurídico, que também por aqui ganha espaço¹², este articulista pode se sentir privilegiado ao menos num ponto: o de não se integrar totalmente ao sistema exclusivo dos operadores do direito¹³. Isto permite que o tal jurista médio seja capaz de um estranhamento dogmático “qualificado”, apropriando-se dos fatos para testar o discurso hegemônico da crise do Direito do Trabalho.

Como propõe o título, as reflexões são doutrinárias, finalmente, porque pretendem investigar a validade da crítica ao Direito do Trabalho, valendo-se de uma (re)leitura autorreferencial de um sistema jurídico que opera segundo um vetor específico: o da proteção do trabalhador. Trata-se, pois, de se saber se o Direito do Trabalho sofre de uma disfunção genética (no plano ontológico), congênita (no plano dogmático) ou adquirida (no plano sistêmico). Daí a importância de começar a refletir sobre o texto do Prof. Antoine Jeammaud, a partir da

¹⁰ Basta recordar que a despeito da imensa contribuição de notórios juslaboristas latinoamericanos (Plá Rodrigues, De La Cueva etc.) as referências do trabalhismo clássico brasileiro são essencialmente européias. No caso específico da influência francesa, José Martins Catharino informa que as relações de trabalho no Brasil da virada do século XIX, mantiveram-se reguladas conforme a tricotomia da *locatio conductio: rei, operarum, operis faciendi* (arts. 1216 a 1236), transmitida pelo Código francês de 1804, que cuidava da locação de serviços em apenas dois artigos (1780 e 1781). Conforme o autor: “estávamos na época em que, como alguém disse com propriedade e ironia, ‘quando a França se resfriava, o Brasil espirrava’”.

¹¹ Destaco aqui o excepcional trabalho da Professora Lorena Vasconcelos Porto: “A Subordinação no Contrato de Trabalho – uma releitura necessária”, reconhecido como um dos mais aprofundados estudos acerca do que se convencionou chamar de “crise do Direito do Trabalho”.

¹² Convém ressaltar o recente trabalho organizado pelo Professor Fernando Gama de Miranda Netto: “Epistemologia & Metodologia do Direito” (Milenium, 2011), que contou com a colaboração de vários juristas, sociólogos, antropólogos e filósofos; todos debatendo questões relacionadas à metodologia do direito, hermenêutica jurídica, argumentação jurídica, ensino jurídico e filosofia jurídica.

¹³ Atuando no âmbito da Inspeção do Trabalho, este ensaísta flerta com uma realidade (*aletheia*) diferente, substancial, diversa da realidade (*veritas*) processual com a qual lidam os advogados e juizes (FIGUEIRA, 2011). Com o devido respeito às opiniões contrárias (MANNRICH, 1991), as ações da Inspeção do Trabalho tendem a dar corpo ao que se denomina Direito Administrativo do Trabalho, pois das relações jurídicas objeto desta disciplina participa uma categoria diferenciada de sujeitos (OLEA, 2002), da qual o Estado faz parte como um de seus mais importantes atores. Sendo de índole administrativa, o processo cognitivo na Inspeção do Trabalho converge para a busca da verdade material (CARVALHO FILHO, 2008), para a apropriação da realidade real, partindo da observação *in loco* do fenômeno jurídico.

perscrutação da validade universal dos princípios informadores do Direito do Trabalho ou, noutros termos, da pretensão de universalidade do próprio Direito do Trabalho.

SITUANDO A CRÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO: SEU CARÁTER EXCLUSIVO E NÃO-UNIVERSAL

Em uma recente palestra realizada pelo Prof. Antoine Jeammaud, para os alunos do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, da Universidade Federal Fluminense – (PPGSD/UFF)¹⁴, o mestre francês afirmou que o Direito do Trabalho não teria um caráter universal, a despeito da forma com que Américo Plá Rodriguez o apresenta, a partir de seus princípios informadores (RODRIGUEZ, 2002). Seria, pois, um direito (in)tuitivo¹⁵, e que apesar de estar fundado na “proteção” do trabalhador é, antes de tudo, um “direito capitalista”, voltado à reafirmação/legitimação do modo de produção capitalista, e da organização do trabalho a ele associada. Marcela Pagani (2009), citando Boaventura de Sousa Santos, sugere uma relação de causa-e-efeito, entre o que seria uma apropriação capitalista do processo de formação do Direito do Trabalho, e a crítica que se lhe impõe atualmente, centrada na sua incapacidade de abarcar as relações de trabalho, na totalidade de suas expressões. Para ela, o Estado brasileiro foi manipulado como “recurso político” das classes dominantes, quando normatizou as relações do trabalho (vale dizer: CLT), definindo/restringindo os contornos dos atores envolvidos, e limitando o alcance dessa disciplina.

Seria interessante perscrutar o sentido da afirmação do mestre Jeammaud. O que seria, propriamente, um “direito capitalista”? Há enfoques que nos é permitido testar, e que não tornam a afirmativa necessariamente falsa. Poderia ser o caso de situá-la num contexto (histórico) em que o Direito do Trabalho seria um direito cuja utilidade/necessidade do estudo científico só

¹⁴ Palestra realizada em 20 de abril de 2011, na Faculdade de Direito da UFF, a convite do Prof. Leonel Alvim, no âmbito da disciplina “Trabalho e Exclusão Social II”.

¹⁵ O caráter tuitivo do Direito do Trabalho é relacionado pela doutrina clássica brasileira (*e.g.* Evaristo de Moraes) como um de seus traços distintivos. A proposta de ser, também, um direito intuitivo se mostraria evidente, por exemplo, no desenvolvimento de formas não jurisdicionais de composição de conflitos, na formulação e reconhecimento das normas autônomas (acordos e convenções coletivas) e na popularização das comissões de fábrica. A socialidade, no âmbito do direito substancial, e o caráter inquisitório do processo trabalhista, alimentaram durante um bom tempo, ao menos até a EC nº 45, comentários anedóticos sobre o “Direito do Trabalho ser qualquer coisa, menos Direito”.

se justifica a partir do nascimento do capitalismo industrial. Noutra sentido (talvez o que Jeammaud quisesse realmente afirmar) que o Direito do Trabalho se dogmatiza e se sistematiza para dar conta de um rol de relações sócio-jurídicas, que caracterizam os sistemas dinamizados economicamente em torno do modo de produção capitalista. Sob esta última percepção, é possível adotar um triplo enfoque: 1) um direito do trabalho formado sobre uma estrutura lógico-sistemática própria, orientada por um vetor específico, que é a proteção do trabalhador, considerado social, econômico e juridicamente hipossuficiente, cuja dinâmica sincrônica e diacrônica estaria em permanente tensão com os interesses capitalistas; 2) um direito concebido e estruturado para legitimar o capitalismo industrial, como uma aproximação menos genérica da visão marxiana acerca do papel do próprio Direito, como justificação do modelo de acumulação capitalista, cuja capacidade regulatória depende da concessão de alguns direitos mínimos, sempre condicionados à não frustração dos laços de fidelidade do trabalhador com o patrão; 3) de um direito estruturado em torno da proteção do trabalhador, como na primeira hipótese, mas posteriormente cooptado, instrumentalizado e reconfigurado para dar conta do vigor criacionista-criativo de relações de trabalho, no âmbito do sistema capitalista, revelando o que poderia ser traduzido como uma pequenez conceitual do Direito do Trabalho originalmente concebido.

Como se pode ver, as duas primeiras hipóteses são excludentes, pois se diferenciam geneticamente. A terceira hipótese só faz sentido se a primeira sobreviver. Imiscuir-se nessas três percepções vai exigir, portanto, um breve sobrevôo sobre o processo formativo do Direito do Trabalho e sobre sua autonomização, sistematização e institucionalização, algo que sempre se tentará fazer sob a ótica da experiência brasileira, daí a necessidade de se tentar uma apreciação acrítica do sistema plurinormativista brasileiro. Ao fim, enfrentar-se-á a questão da universalidade do Direito do Trabalho, bem como se seu suposto caráter exclusivo.

A JUSTIFICAÇÃO MORAL, HISTÓRICA E PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DO TRABALHO

A doutrina brasileira tradicional descreve o Direito do Trabalho como o ramo jurídico que se ocupa da relação de emprego. No geral, esta mesma doutrina optou por tratar da

circunscrição do objeto de regulação do Direito do Trabalho como uma etapa necessária de sua autonomização (SÜSSEKIND, 2005), na qual se insere, inclusive, o debate acerca da denominação do ramo jurídico¹⁶, bem como dos contornos do negócio jurídico tutelado por ele. Nesse contexto se faz a distinção do contrato de trabalho dos chamados “contratos afins”, tais como os de mandato, empreitada, prestação de serviços, parceria rural, sociedade etc. Registre-se que no caso brasileiro, em virtude da grande influência que a doutrina italiana exerceu sobre a consolidação do Direito do Trabalho no Brasil (ROMITA, 2003), os juslaboristas clássicos cuidaram de individualizar o contrato de trabalho, distinguindo-o do contrato civilista de locação de serviços (*locatio operis e locatio operarum*), extraindo da lição de Barassi o *nomen juris* “contrato de trabalho”¹⁷, para designar o “negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços” (DELGADO, 2007, p. 491).

Os registros consistentes da doutrina clássica brasileira dão conta de que a delimitação do escopo regulatório do Direito do Trabalho, e do negócio jurídico a ele atrelado se insere no trajeto para a sua autonomização, aqui considerado um processo trifásico (consolidação, sistematização e institucionalização). Délio Maranhão (1993) introduz o seu clássico “Direito do Trabalho” afirmando que “nem toda relação de trabalho subordinado é regida pelo Direito do Trabalho, que disciplina, basicamente, a relação de direito privado e de origem contratual”. No entanto, o mesmo autor faz esta distinção apenas para excluir – totalmente – as relações jurídico-laborais entre o Estado e seus funcionários (públicos) e, parcialmente, as relações de trabalho doméstico, por estas não pressuporem trabalho subordinado como “fator de produção em uma atividade empresarial”¹⁸. Quanto ao trabalho autônomo (por conta própria), Délio Maranhão o inclui no âmbito de proteção do Direito Previdenciário, que por aqui goza de autonomia em relação ao Direito do Trabalho, embora as interações entre os dois ramos jurídicos sejam bastante evidentes.

¹⁶ Arnaldo Süssekind (2005, p. 104) menciona as “denominações superadas”, por serem amplas ou restritas demais, entre as quais tem-se “Direito Industrial”, “Direito Operário”, “Direito Corporativo”, entre outras.

¹⁷ Ludovico Barassi é considerado o fundador do Direito do Trabalho na Itália, e um dos mais renomados precursores desse ramo jurídico em nível mundial (PORTO, 2009, p. 34). A expressão “contrato de trabalho” é proposta por ele em sua obra “*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*”.

¹⁸ Embora seja forte no Brasil a tendência de se inserir, normativamente, o trabalho doméstico no âmbito da CLT. São exemplos desta tendência o acesso ao FGTS e ao Seguro-Desemprego; a estabilidade da gestante; a adoção do critério da não-eventualidade para designar a relação de emprego, dentre outros.

Veja-se que o autor faz uma delimitação do escopo do Direito do Trabalho por exclusão. Desse modo, mesmo o trabalho avulso, considerado por Orlando Gomes (2002) uma relação subordinada *sui generis*, é abarcada pelo Direito do Trabalho.

Não há, nas linhas da nossa doutrina clássica, qualquer menção a um caráter geneticamente restritivo do Direito do Trabalho. Essa crítica à insuficiência do Direito do Trabalho como um traço atávico é relativamente recente. O debate propedêutico clássico tinha, de fato, o condão de delimitar o espaço do Direito do Trabalho, estabelecendo as fronteiras que o autonomizam perante os demais ramos do Direito, e individualizando o negócio jurídico, objeto da tutela da disciplina: o contrato de trabalho. Porém, não se percebe entre os autores que influenciaram a consolidação do Direito do Trabalho no Brasil, sobretudo entre os que procuraram traçar um rol relativamente homogêneo de características desse “direito novo” (VIANNA *apud* SÜSSEKIND, p. 132), a leve menção ao suposto caráter exclusivo ou exclusivista, como elemento inserido em sua concepção doutrinária. Aliás, Arnaldo Süssekind, em seu “Instituições de Direito do Trabalho” chega mesmo a tocar na questão do escopo (restritivo ou extensivo) do Direito do Trabalho, mas fê-lo pelo viés denominativo. Vejamos:

[...] Poder-se-ia afirmar que a expressão “Direito do Trabalho” é excessiva, porque do seu campo de aplicação se subtraem várias formas de prestação de serviços, tais como a empreitada, a relação de emprego dos funcionários públicos e algumas formas de prestação de serviços autônomos; é restritiva, porque vários dos seus capítulos não concernem necessariamente ao trabalho ou ao homem-trabalhador. Os argumentos, porém, são fracos, pois ‘na verdade, o Direito pressupõe, via de regra, o homem em ação. Ora, se tal ação for de ordem construtiva, não há como se negar, qualquer que seja a natureza, que ela realmente representa *trabalho*, no sentido lato de dever social, como quer a Constituição’. (2005, p. 109/110).

Nem mesmo as contundentes restrições ao que Maurício Godinho Delgado chama de “modelo justralhista brasileiro tradicional” (2007, p. 118), ou a denúncia da falácia do “princípio protetor” promovida por Arion Sayão Romita (2003, p. 22/38), crítico contumaz do modelo normativo brasileiro, de cunho autoritário-corporativo, movem-se no sentido de deslocar a crítica para além do sistema positivado de proteção social. Vale dizer, para o interior da fundamentação do Direito do Trabalho, em sua justificação moral, histórica e principiológica.

Negá-lo em sua moral implicaria, por exemplo, em desconsiderar a influência da Igreja e sua justificação ontológico-metafísica de justiça social, conceito muito bem empunhado

pela doutrina cristã em sua missão de valorização do trabalho humano; no combate à “redução do homem a instrumento de domínio”¹⁹, à reificação do ser humano e à mercantilização do seu trabalho, antes de mais nada um “modo de expressão direta da pessoa humana”²⁰. Tais expressões saltam do plano da dogmática cristã e vão determinar o que é tomado como o marco histórico da autonomia do Direito do Trabalho: O Tratado de Versailles, em 1919 (Criação da OIT), cristalizando sua vocação universalizante.

Por outro lado, sob o ponto de vista de uma construção discursiva do sentido e do objeto do Direito do Trabalho²¹, a supressão do conteúdo moral significaria pôr em risco a racionalidade do sistema de proteção estatal de determinadas categorias jurídicas, democraticamente reconhecidas como hipossuficientes (HABERMAS, 2003, p. 199/200). É a mesma justificação moral que impulsionou diversas vozes exortativas do caráter revolucionário do Direito do Trabalho, fiel depositário do gérmen da desconstrução da falácia da igualdade e da liberdade como pressupostos da autonomia da vontade do indivíduo²², cuja mais bela tradução ainda é a de Anatole France, que proclamava “a majestosa igualdade das leis que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar um pão”. A falsa igualdade extraída dos contratos, que de forma operosa se aplicava à relação de trabalho, reafirma a tônica do pensamento liberal, cujo efeito naturalístico é a perpetuação do estado de penúria do obreiro. O Direito do Trabalho então se mostra como o único geneticamente capaz de equilibrar esse desnível de poder, e retirar os trabalhadores do inframundo da pobreza (VIANNA, 2005, p. 34/35).

Esse caráter “revolucionário” do Direito do Trabalho, aliás, nos permite flertar com a percepção weberiana acerca do papel do direito natural, e seu caráter epicêntrico das grandes

¹⁹ Papa *João Paulo II* (Homilia aos Jovens, Belo Horizonte, julho de 1980),

²⁰ Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 12 de maio de 1891 pelo Papa *Leão XIII*.

²¹ Habermas faz uma crítica à concepção weberiana de racionalidade dos sistemas jurídicos, segundo a qual a atuação de um Judiciário ativista e de uma Administração situada implicaria numa moralização do Direito, conspurcando sua racionalidade formal, que se bastaria como condição única e suficiente para a legitimação do poder estatal. Habermas, todavia, duvida que a força legitimadora da legalidade possa ser assegurada tão-somente pela ação desses aspectos da racionalidade elencados por Weber, pois bastaria se observar o movimento dos operários e as lutas de classes que caracterizaram a Europa no século XIX, insurgindo-se contra ordens políticas cujos modelos de racionalidade são os que mais se aproximam do que foi descrito anteriormente, e que, pelo visto, nada tinham de legítimas.

²² Conforme registra Segadas Vianna, citando Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o empregado, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.” Citando, ainda, Lous Le Fur: “A dignidade introduzida arbitrariamente pela força, entre pessoas muito desiguais, pode ser motivo de grave injustiça.” (*in* “Instituições de Direito do Trabalho”, 2005, p. 85).

transformações sociais (WEBER, 2009, p. 133/141). Ainda a esse respeito, Paul Durand e R. Jaussaud (1947) “ressaltando a significação moral do Direito do Trabalho”, afirmam que “ele representa o conjunto de meios pelos quais é reconhecida juridicamente a pessoa do trabalhador, na sua significação absoluta de pessoa humana” (PERROX *apud* VIANNA, 2005, p. 99).

Portanto, o elemento moral se apresenta como uma estrutura tríplice (*tripalium*): como o núcleo de uma ética cristã, de dignificação do homem e do seu trabalho, universalmente difundido; como um elemento de racionalidade do sistema de proteção jurídica e justificadora da ação situada do Estado e como fundamento metajurídico de um direito de cunho revolucionário.

Da mesma forma, ignorar a justificação histórica do Direito do Trabalho implicaria em desconsiderar os próprios “trabalhadores em ação” (VIANNA, 2005, p. 40), os movimentos históricos que consolidaram as doutrinas sociais, o papel da Igreja Católica, a evolução da doutrina e da ação parlamentar, os movimentos sindicais e a transição das concepções de Estado Nacional (Estado liberal, Estado providência, Estado social). Como um direito relativamente recente, o esboço histórico da evolução do Direito do Trabalho é um dos mais consistentes, pontuado por fatos e datas que ilustram a “evolução do problema social”²³, e que sobre os quais há amplo consenso. Pode-se dizer que o Direito do Trabalho foi construído historicamente, e que a despeito do berço civilista não lhe derivou por cissiparidade. O reconhecimento do Direito do Trabalho se protraiu em diversos momentos históricos, cada um deles tomado como uma etapa de um longo processo de rompimento lógico-sistemático com o Direito Civil e de negação de seus dogmas: da Justiça lastreada na igualdade formal e na presunção de liberdade e do *pacta sunt servanda*. É como disse um respeitado autor baiano:

Se todos esses fatores coadjuvantes no processo do Direito do Trabalho fizeram com que cobrasse a expansão, que hoje revela, em todo o mundo, não se pode obscurecer o fato histórico de que ele surgiu como um Direito de caráter Social na sua acepção técnica, influenciando, posteriormente, todas as áreas do pensamento social, político, jurídico e econômico. Fato histórico este que empresta colorido e força às modernas teorias de Estado, que vêem na quebra do monopólio jurídico do Estado, na autonomia coletiva dos grupos profissionais, na plurinormatividade dos grupos sociais infra-estatais a base de um reconhecimento pelo Estado contemporâneo, desde suas Constituições Políticas, desse Direito nascido espontaneamente no seio da sociedade civil através dos

²³ Segadas Vianna, na obra supracitada, faz uma cronologia, a partir de 1750 até 1980, denominada “Fatos e Datas Marcantes da Evolução do Problema Social”, em que reúne, em âmbito mundial, os antecedentes históricos mais relevantes do Direito do Trabalho.

grupos que a compõem, e não apenas pela forma de uma “autolimitação de competência” (Jellinek) ou por efeito de um *jure delegato* (Kelsen). (GOMES, 2002, p. 3).

Por fim, negar o Direito do Trabalho em sua principiologia é, a rigor, negar sua autonomia, sua inserção no mundo jurídico, sua justificação dogmática.

Diversos autores, reproduzindo as lições de Alfredo Rocco, afirmam que são três as condições para que uma disciplina jurídica tenha autonomia: que possua um domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos dos de outros ramos do direito, e que possua método próprio. Em conformidade com tais condições, Américo Plá Rodriguez afirma que, hodiernamente, não há quem não concorde em referendar a autonomia do Direito do Trabalho, o que importa em “reconhecer que nossa disciplina possui uma série de princípios peculiares”. Foi-se, pois, a era dos negadores do Direito do Trabalho, os quais Oliveira Vianna, ainda nos longínquos anos trinta, criticava veementemente:

Os juristas do Direito clássico não admitem as derrogações de sua dogmática e da sua sistemática tradicionais, impostas por este direito novo. Querem, à viva força, subordiná-lo aos princípios do Direito Privado, daquilo que eles chamam, com ênfase e funda convicção monopolizadora, a sua ciência jurídica, esquecidos naturalmente de que esta ciência jurídica, de que fazem tanto garbo, está, sob a pressão justamente deste novo direito social, partindo-se, rebentando-se, voando pelos ares aos pedaços, como a crosta de um terreno de onde explodisse um vulcão. De dentro da superestrutura das velhas tradições jurídicas – este o espetáculo que o mundo contemporâneo nos dá – irrompem, em sublevações, às vezes violentas, as formas vivas deste novo direito, vindo das subcamadas sociais, das infra-estruturas organizadas, à procura de novos quadros legais. (...) Não fora isto e todos os juristas clássicos veriam que o Direito Social é um direito dotado de autonomia e caracterizações próprias, com um campo, hoje, perfeitamente delimitado. (VIANNA *apud* SÜSSEKIND, 2005, p. 132).

Oscar Saraiva (1946, p. 41) assinala que a evolução do Direito do Trabalho se deu lentamente, mas sua “influência renovadora, uma vez cristalizados seus princípios básicos, se fez sentir com assinalada rapidez, agitando em suas profundezas os arraiais sonolentos do velho Direito tradicional”. Pergolesi e Ferrara (1948) coincidem no entendimento de que uma disciplina jurídica autônoma é aquela que possui um “corpo independente de princípios, com espírito e diretrizes próprios, um direito normal que tenha em si mesmo suas regras e exceções e que, como

sistema orgânico, admita a analogia”. Arcangeli, citado por Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2002), afirma que o “que dá caráter de autonomia é a existência de princípios gerais comuns a toda a matéria e próprios ou especiais da mesma, que servem, assim, para lhe conferir uma unidade própria e diferenciá-la de outras matérias”. A própria definição de Direito do Trabalho, como a proposta por Perez Botija, se reporta a um “conjunto de princípios” que a doutrina vai, aos poucos, individuando.

Desse modo, ao largo da problemática acerca da proposição dos princípios²⁴, o fato é que da inferência e consagração dos princípios informadores de determinada disciplina jurídica é que se deduz a sua consolidação e autonomização. Desse modo, *data venia* do mestre francês, não parece concebível a afirmação de que o Direito do Trabalho é “mais ou menos autônomo” (JEAMMAUD, 2000, p. 34), a não ser no sentido de uma “autonomia relativa”, o que nos parece tautológico, haja vista que do sentido de autonomia se infere *in casu* a diferenciação do ramo jurídico, e não a sua singularidade, sua independência do todo orgânico que é o Direito (SÜSSEKIND, 2005, p. 130).

A propósito do nascimento, vida e morte dos princípios, e das controvérsias que caracterizam esse debate, é possível extrair alguns consensos, sendo o principal deles, e o mais promissor, é que todo direito passa por um processo histórico em que ele, ainda um protodireito, carece de sistematização, não passando de um conjunto fragmentado de normas extravagantes²⁵. Em sua pré-história todo direito o é em potência; um “corpo sem alma” (SÜSSEKIND, 2005, p. 104). Nessa condição, nem todas as expressões normativas superam a fase da “legislação”, e se realizam como direito autônomo. O Direito do Trabalho passou bem por esta fase, pois, como advertiu Orlando Gomes, havia “algo mais além de regras”. É justamente durante esta etapa que ocorrem as emanações principiológicas, sejam oriundas diretamente dos movimentos sociais (postulados sociológicos), como propõe Gaspar Bayón Chacón (1976), sejam das próprias normas e da jurisprudência, como afirmam Deveali (2002) e Carnelutti (1936). Nesse momento

²⁴ Para Américo Plá Rodríguez os princípios são formados a partir de uma interação da doutrina com a jurisprudência. Para o autor, a doutrina propõe um princípio, dando-lhe no mais das vezes um nome, cabendo à jurisprudência a sua consagração. Em geral, é algum autor doutrinário que propõe ou expõe um princípio, extraindo-o das normas – ou da própria jurisprudência, deduzindo-o na sistematização das sentenças judiciais.

²⁵ Trata-se da fase das “manifestações incipientes e esparsas, segundo a sistemática evolutiva proposta por Maurício Godinho Delgado.

os princípios já possuem substância, mas ainda não são – propriamente – princípios jurídicos, mas políticos (BOTIJA *apud* RODRIGUEZ, 2002, p. 51).

O que importa afirmar é que os princípios não são substancialmente uma criação da doutrina. No entanto, embora não os crie, “descobre-os num esforço de indagação do essencial e de esclarecimento da tendência que se observa nesse processo de afirmação, consolidação e garantia” (RODRIGUEZ, 2002, p. 47).

Decerto que os princípios políticos (ou institucionais, na acepção de Rivero Lamas) são contingentes, visto que dependem das circunstâncias histórico-geográficas e da realidade política, a qual, por definição, é cambiante. Mas é desse *corpus* que exsurgem os princípios jurídicos, com vocação à estabilidade e universalidade, já que derivam da natureza própria do direito. Em geral os princípios políticos são trasladados para as Constituições. Nesse momento, os princípios se tornam diretrizes eficazes para a construção mesma do Estado e da sociedade, pois “expressam a exigência do corpo social, ou melhor, derivam da consciência social de certos valores históricos, morais e sociais” (RODRIGUEZ, 2002, p. 58); tornam-se, portanto, dispositivos de direitos fundamentais (ALEXY, 1993).

Sendo princípios, mormente cristalizados no texto constitucional, tornam-se “mandados de otimização”, pois ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades reais existentes, inclusive as jurídicas, que são demarcadas a partir da fricção com outros princípios coexistentes. É desse modo que, considerando-se uma dada ordem constitucional, os princípios que informam determinado direito reconhecido em sua autonomia não “morrem”, propriamente; são mitigados, no confronto casuístico com outros princípios²⁶. A racionalidade orgânica de um sistema jurídico constitucional pressupõe a constitucionalização dos principais referenciais princípio lógicos informadores dos diversos ramos jurídicos que compõem o ordenamento, considerando seus respectivos objetos de tutela.

²⁶ Américo Plá Rodríguez admite a possibilidade de perda da vigência dos princípios. Por sua vez, a classificação proposta por Jeammaud, entre princípios-regras e princípios descritivos, sugere que, quanto a estes, a vigência, ou sua perda, seria resultado das “conclusões sintéticas dos juristas”, a partir da análise das grandes tendências extraídas do conjunto das normas e do direito positivo. No entanto, apesar de ser uma possibilidade, Plá Rodríguez afirma que é muito difícil determinar a cessação ou a perda da vigência de um princípio. Nem mesmo uma lei, que eventualmente dele discrepa, pode, por si só, ser traduzida como um sinal de decrepitude de um princípio, haja vista que a “inércia opera como um fator de permanência”, sem mencionar que, no conjunto do ordenamento jurídico, e no mundo dos fatos, podem se reproduzir “as mesmas razões e motivos que fizeram surgir o princípio e que continuam produzindo seus efeitos enquanto as causas continuam em ação” (2002, p. 59).

Essa constitucionalização pode se dar pela disposição expressa ou referencial (ALEXY, 1993)²⁷, de modo que o processo de consolidação histórico-doutrinária dos princípios que informam, por exemplo, o Direito do Trabalho, se ultimam em sua máxima pretensão diretiva, concretizando-se na razão de ser mesma do Estado constitucional. Mas a própria Norma Ápice pode inspirar princípios, porquanto é norma, a partir de sua própria redação ou interpretação sistêmica. Seriam princípios não declarados, nem referenciados no plano infraconstitucional, mas inspirados por uma hermenêutica constitucional revisitada, que bem poderia ser a proposta por Streck²⁸. É desse modo que diversos autores, entre os quais Lorena Vasconcelos Porto (2009), invocam, por exemplo, o “Princípio da Vedação do Retrocesso dos Direitos Sociais (Trabalhistas)”, como consectário lógico da redação do *caput* art. 7º da CF/88, o qual elenca em seus incisos os direitos dos “trabalhadores urbanos e rurais”, considerados marcos civilizatórios mínimos, abaixo dos quais não se concebe a dignidade humana.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO CAPITALISTA DO DIREITO DO TRABALHO

Talvez seja impreciso afirmar uma “construção capitalista do Direito do Trabalho”, a partir de um vetor que não seja o da proteção do trabalhador, mas a legitimação do sistema de produção, haja vista que a suposta instrumentalização do capitalismo industrial não operou seus efeitos durante o processo de constituição doutrinária do Direito do Trabalho, vale dizer da sua justificação moral, histórica e principiológica. Noutros termos, é implausível que o Direito do Trabalho tenha sido conspurcado ontologicamente pelo capitalismo, simplesmente porque a grande subversão do Direito do Trabalho na ordem jurídica liberal é o reconhecimento do ente coletivo (ser coletivo, na expressão de Maurício Godinho Delgado) como sujeito de direitos. Em sua gênese, o Direito do Trabalho foi o Direito das Relações Coletivas do Trabalho (Durand)²⁹, cujo pressuposto é o reconhecimento dos grupos sociais (*corps intermédiaires*).

²⁷ Com base na Constituição Federal de 1988, podem-se exemplificar como “princípios constitucionais declarados” os elencados nos arts. 1º e 37, e como diretamente referenciados os insertos no art. 5º (igualdade, contraditório e ampla defesa, inafastabilidade do controle jurisdicional, inviolabilidade do domicílio etc.).

²⁸ No âmbito do que Lênio Streck chama de TCDAPMT, ou Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia.

²⁹ A despeito do fato de que, como no Brasil, a institucionalização do Direito do Trabalho começou, via de regra, pela normatização substancial das relações individuais.

Contudo, o que dizer sobre a influência do capitalismo nas demais fases da formação do Direito do Trabalho, vale dizer: a sistematização e institucionalização?

A tese da instrumentalização do Direito do Trabalho pelo capitalismo industrial, afastada a hipótese de que tal fenômeno tenha ocorrido em sua gênese, poderia ser verdadeira, bastando que houvesse a cooptação de (pelo menos) uma das duas dinâmicas que caracterizaram o período de sistematização do Direito do Trabalho: a atuação coletiva por parte dos trabalhadores, buscando a normatização autônoma das relações do trabalho, e a estratégia de atuação oriunda do Estado, dirigida à criação de normas heterônomas. Trata-se, pois, da “dinâmica negocial autônoma, concretizada na sociedade civil, e da dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho de Estado” (DELGADO, 2007, p. 96).

Com algumas variações, a fase de institucionalização do Direito do Trabalho é situada, nos “países centrais”, entre a Primeira Guerra Mundial e o início da década de 80. No Brasil, a sistematização e estruturação do “Direito Social”, deflagrada a partir da Constituição outorgada de 1937, caracterizou-se por um modelo de cunho corporativo-autoritário, baseado, inicialmente, na normatização do contrato individual de trabalho. Seguiu-se então a CLT, em 1943, que a despeito da terminologia “Consolidação das Leis do Trabalho”, tornou-se um verdadeiro código trabalhista, haja vista a quantidade de integrações normativas incorporadas pela comissão elaboradora (SÜSSEKIND, 1993). A despeito da CLT, a estrutura normativa de regulamentação das relações de trabalho manteve-se pródiga em sua tendência plurinormativista, justificada pelo receio de que “os trabalhadores, organizados, viessem a exigir (direitos sociais) na expressão mais violenta da luta de classes” (VIANNA *apud* SÜSSEKIND, 1993). Mesmo com o período de redemocratização pós Estado Novo, a estrutura normativo-protetiva dos direitos trabalhistas individuais permaneceu a mesma, assim como a organização sindical, totalmente cooptada pelo Estado. Com a Constituição promulgada de 1946, o Direito do Trabalho desgarrasse do complexo “Direito Social”, abandonando, ao menos em termos designativos, a terminologia estreita de “Direito Operário”, presente na CF/37. Curiosamente, apesar de se reconhecer, no plano constitucional, um direito próprio das relações de trabalho desde a CF/37, foi somente em 1962 que a disciplina Direito do Trabalho foi inserida no currículo das faculdades de direito.

Pode-se dizer que no Brasil, entre 1930 e 1946, apenas a dinâmica protagonizada pelo Estado foi decisivamente influente, no que tange à institucionalização do Direito do Trabalho³⁰, sobretudo no campo dos direitos individuais. Deve-se lembrar que a dinâmica heterocompositiva, no Brasil, não é apenas representada pela edição de normas gerais, pelos Poderes Legislativo e Executivo, mas também pelo Poder Judiciário, no âmbito dos dissídios coletivos, através das sentenças normativas. Essa tendência não foi muito afetada, mesmo a partir da segunda metade do século XX, ao menos até 1988, pois nem o populismo desenvolvimentista que vigorou até 1964, nem os governos autoritários que se seguiram após o golpe militar, se ocuparam de alterar a estrutura sindical brasileira, o que, na prática, mantinha o ordenamento trabalhista doméstico estruturado predominantemente em normas heterônomas. Esta tendência foi sutilmente alterada a partir de 1967, seja pelo reconhecimento *a priori* dos instrumentos normativos, isto é, sem necessidade de homologação pelo Ministro do Trabalho, e sem apreciação contenciosa pelo Ministério do Trabalho, seja pelo “ressurgimento do sindicalismo, com o aparecimento de novas correntes, no final dos anos setenta e no início da década de oitenta” (SILVA, 1998, p. 137). Com os ventos neoliberais e, sobretudo, depois de promulgada a CF/88, foi possível notar uma tendência ao equilíbrio entre as dinâmicas heterocompositivas e autocompositivas, que se acentuou com o reconhecimento constitucional da legitimidade extraordinária dos sindicatos para representar os trabalhadores, perante a Administração Pública e o Judiciário, e da validade dos acordos, ao lado das já reconhecidas convenções coletivas. Há de se destacar também o advento

³⁰ Em verdade, as dinâmicas hetero e autonormativa atuaram de forma razoavelmente coordenada desde o Estado Novo (momento a partir do qual concebemos a sistematização e institucionalização do Direito do Trabalho), não se percebendo grandes distensões entre esses conjuntos normativos (em sentido contrário, v. Sayonara Grillo C. L. da Silva *in* “Relações Coletivas de Trabalho”, 2008, p. 75), salvo num período específico, durante a implantação dos planos econômicos, na década de 80. Contudo, a fricção entre essas duas dinâmicas pode ser analisada sob a ótica da influência transformativa das relações de trabalho, sendo certo que, desse modo, três fases podem ser observadas. A primeira, do Estado Novo a 1967 (com a publicação do DL nº 229) em que o fomento da negociação pelo Estado situava-se mais no campo instrumental, como meio de composição de conflitos, e não no sentido de aperfeiçoar o escopo normativo do sistema jurídico trabalhista. A partir de 1967, reconhece-se a (relativa) autonomia normativa dos “grupos profissionais”, a partir da revisão do caráter de “negócio jurídico complexo” atribuído aos contratos coletivos de trabalho, cuja eficácia dependia da homologação do Ministro do Trabalho, cedendo lugar à convenção coletiva de trabalho, cuja eficácia se baseava apenas na legitimidade representativa (ainda conferida pelo Estado); situamos o término desta fase em 1988, com a promulgação da CF/88. A partir de 1988, com o reconhecimento constitucional dos acordos coletivos, ao lado das convenções (já reconhecidas pela CF/67), e a reconfiguração do modelo sindical, baseado na liberdade associativa, de constituição, de filiação (que sempre existiu), de organização, de deflagração de greves e de enquadramento. Essas fases representam um *continuum* ascendente em termos de influência transformativa das relações do trabalho, sendo certo que ainda na primeira metade da década de 90 se observou um aumento exponencial desta influência, que coincide com a apropriação do discurso da prevalência da dinâmica autonormativa sobre a dinâmica heteronormativa pelo pensamento neoliberal.

do “Plano Real” em 1994, ultimado em 2001, período em que desapareceram os programas oficiais de reajustes salariais automáticos, privilegiando assim a negociação coletiva.

Jeammaud pode, de fato, ter toda razão ao afirmar que o Direito do Trabalho serviu à legitimação do Capitalismo, se detectarmos a instrumentalização capitalista das dinâmicas estruturantes do sistema jurídico trabalhista, prevalentes durante o século XX. No primeiro momento, da ação Estatal, no segundo, da ação dos trabalhadores ou, em qualquer caso, de ambas. Quanto à cooptação do Estado, parece evidente que o governo revolucionário de 1930 agiu de forma determinante na reestruturação do modelo econômico brasileiro, a partir da regulamentação do processo de acumulação, ainda que sob a influência de uma nascente elite capitalista industrial (SANTOS, 1979, p.75). O Estado intervencionista agiu, porém, de idêntica maneira no campo dos direitos sociais, a fim de aplacar as demandas dos trabalhadores. Nesse caso, mesmo que o resultado fosse a regulação das relações de trabalho no interior do modelo de desenvolvimento patrocinado pela elite brasileira pós 1930, o objeto visado pelo Estado Novo, ao codificar as leis trabalhistas foi, de fato, o enfrentamento da questão social, a partir do rompimento com o paradigma liberal clássico³¹. Nesse sentido, a leitura recorrente no âmbito da dogmática trabalhista brasileira, é a de que o Estado intervencionista, o “Estado polícia” ou o “Estado providência” surge em seus contornos precisos para se definir como um Estado da promoção do equilíbrio entre desiguais.

Não é desprezível afirmar que antes de 1943 não havia o que chamar de estrutura normativa trabalhista, somente esboços legislativos que abrangiam determinadas categorias. O *codex* a que chamamos CLT foi inspiradamente inclusivo, sobretudo ao delinear, em seu artigo 8º, o mais complexo sistema de integração hermenêutico-normativa que existe no ordenamento jurídico brasileiro, não superado, mesmo hoje em dia, pela “renovada” Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³².

A cooptação do Estado pelo Capitalismo industrial não precisava ter resultado na Consolidação das Leis do Trabalho. A codificação não é única condição para a racionalidade de um sistema jurídico, e a regulamentação das relações de trabalho adequadas ao modo de produção capitalista poderia seguir a lógica da especialização normativa, por atividade

³¹ Basta lembrar que a CF/1934 foi a primeira Constituição brasileira a elencar direitos substantivos dos trabalhadores, embora arrolados sob o título “Da Ordem Econômica e Social”.

³² Antiga LICC (Lei de Introdução ao Código Civil).

profissional ou econômica, à maneira da organização sindical por categorias. É bem verdade que as normas especiais continuaram a vigor, e mesmo algumas, depois da CLT, foram publicadas. Mas o fato é que a consolidação brasileira, interpretada em consonância com os princípios informadores do Direito do Trabalho, visou – e conseguiu – alcançar uma miríade ainda imperscrutável de relações de trabalho, protagonizada pela massa de trabalhadores que compunha o proletariado industrial, e que não tinha um estatuto específico para lhe amparar.

Porém, nem por isso se pode decretar que a CLT não foi concebida sob a perspectiva de operar seus efeitos regulatórios para além das relações trabalhistas na indústria. Até porque – e muitos se esquecem disso – a CLT teve um inegável caráter pedagógico, proporcionando um conhecimento global dos direitos trabalhistas, especialmente aos seus destinatários: empregadores e empregados. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que:

A Consolidação das leis do Trabalho deu generoso passo para a integração dos trabalhadores no círculo dos direitos fundamentais do homem, sem o qual nenhuma civilização é digna desse nome.

Organizados os instrumentos jurídicos destinados a compor os conflitos sociais, concorreram para amortecer inevitáveis choques, empregados como tem sido desde então para soluções pacíficas que arrefecem ardores belicistas das classes antagônicas, reincidentes de quando em vez. *Nesse passo, o mérito maior da Consolidação parece que foi a sua função educativa, função própria das leis que se antecipam aos fatos.* A seu crédito deve levar-se a profilaxia desses conflitos, permitindo que não tivéssemos de repetir no campo das relações entre o patronato e o operariado dolorosa experiência de outros povos. (Orlando Gomes *apud* Süsskind, 1993, p. 24). (Grifo nosso).

A respeito da função educacional da CLT, pode-se dizer que sua longevidade estrutural permitiu que essa vocação se projetasse de forma transgeracional, como um permanente contraponto social, na forma de uma consciência-geral-dos-próprios-direitos, que vem municiando o constante estranhamento dos trabalhadores brasileiros às mutações do trabalho *in pejus* de uma existência digna; uma espécie de *jus resistantiae* coletivo³³.

³³ A atuação da Inspeção do Trabalho, no Brasil, destaca-se no combate ao trabalho organizado na forma de cooperativas “irregulares” (fraudoperativas). A metodologia empregada inclui entrevistas com os cooperados, a fim de saber se os trabalhadores têm perfeita noção do conceito de trabalho cooperado. A nocividade dessas organizações irregulares é faticamente medida a partir do número de trabalhadores que desconhecem que não têm direitos trabalhistas, geralmente nomeados por eles mesmos, como férias, décimo terceiro salário, FGTS etc.

A esterilização estatal do espaço normativo trabalhista, quer através da legislação ordinária, quer através da atuação normativa do Judiciário, garantiu uma instrumentalização tênue da ação dos trabalhadores, pelo menos até a promulgação da CF/88. A partir daí, a “liberdade sindical”³⁴ fez desaparecer o controle estatal sobre a formação dos sindicatos e o “enquadramento sindical prévio”. Criou-se, assim, a expectativa de uma maior legitimidade da representação dos trabalhadores e, com isso, o aperfeiçoamento das relações entre agremiações obreiras e patronais, fomentando a negociação coletiva em todos os níveis, tanto no plano dos conflitos de direitos, quanto no de interesses.

O fato é que essa expectativa não se realizou de forma generalizada, sendo diversos os fatores que colaboraram para o enfraquecimento sistemático da representação sindical, o que se evidencia pelo desinteresse da elite neoliberal em bancar uma reestruturação do modelo corporativo brasileiro (BOITO JÚNIOR, 2002). Decerto que a partir de 1994, quando as normas autônomas passaram a ocupar um espaço de destaque na estrutura normativa trabalhista, o que no campo das disposições de ordem econômica tornou-se a regra, iniciou-se um intenso debate acerca do que se poderia chamar de controle da legalidade/constitucionalidade dos acordos e convenções coletivas, haja vista que não foram poucos os exemplos de garantias legais e constitucionais suprimidas ou mitigadas através de negociação coletiva³⁵. Nesse sentido, é fácil

³⁴ Discute-se no Brasil se a democratização das relações do trabalho se realizou, mesmo depois da CF/88, uma vez que a liberdade sindical, como um princípio constitucional, convive com o princípio da unicidade sindical, com a contribuição sindical compulsória, com o reconhecimento da investidura da personalidade sindical, por parte do Estado, como condição de legitimidade para firmar acordos ou convenções coletivas e com o enquadramento sindical como uma atribuição unilateral do empregador, a partir do autorreconhecimento da categoria econômica.

³⁵ Durante os primeiros anos da década de 90, a controvérsia que se instalou no Brasil se referia ao papel do então Ministério do Trabalho (MTb) no tocante à administração do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES), visto pelo movimento sindical e parte da doutrina e da jurisprudência como um resquício do modelo intervencionista. A partir de 1994, com o advento do Plano Real, seguido da edição da Portaria Ministerial nº 685/95 (que limitava a intervenção da Inspeção do Trabalho na hipótese de constatação do cumprimento de dispositivos autônomos ilegais), verificou-se uma avalanche de cláusulas normativas que dispunham restritivamente sobre direitos garantidos na CLT e, até mesmo, na Constituição. Apenas exemplificando: redução do período de estabilidade da gestante; redução do percentual do adicional de insalubridade, ou da base de cálculo do adicional de periculosidade; concessão de alimentação ou cesta básica condicionada à assiduidade; possibilidade de realização de jornada extra além do limite legal; possibilidade de transação de verbas resilitórias; vedação de acesso ao judiciário, nos casos de acidente de trabalho; possibilidade de negociação de pisos salariais abaixo dos pisos regionalizados (pisos estaduais); possibilidade de realização de jornadas extravagantes, mediante acordo de compensação ou banco de horas etc. A partir de 2004, com a revogação da Portaria 685/95, e a assinatura de um “Termo de Cooperação Técnica” entre o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério Público do Trabalho (MPT), foi possível fazer um controle prévio da legalidade das normas coletivas, no âmbito do MTE, através de “Mesas Redondas” (mediação coletiva), possibilitando a utilização “cirúrgica” dos instrumentos ao alcance do MPT (ação civil pública, ação anulatória, notificação recomendatória etc.) para a redução dos dispositivos normativos *in pejus* dos trabalhadores. Contudo, tanto a não interferência “decisiva” do MTE, quanto o alcance limitado das ações do MPT (explicado em parte pelo

perceber a existência de vasos comunicantes entre o Estado e as organizações sindicais, no tocante ao estabelecimento de certas tendências flexibilizantes de direitos dos trabalhadores, ou modelos renovados (precarizados) de relações de trabalho.

Em verdade, observa-se que as leis publicadas entre 1997 e 2002, que criavam ou regulavam novas formas de contratação e/ou flexibilizavam a execução de certos aspectos das relações de trabalho (p.ex. a duração do trabalho), ou se originaram de modelos construídos por iniciativa sindical (como no caso do banco de horas), ou estavam condicionados à negociação coletiva (como no caso do contrato por prazo determinado – Lei 9.601/98, ou o contrato a tempo parcial). Portanto, a leitura que se permite fazer desse período é que a dinâmica autocompositiva brasileira esteve (e ainda está) muito mais vulnerável à cooptação pelos interesses capitalistas, o que desmistifica a tese de que a democracia nas relações do trabalho, por si só, é suficiente para autenticar as relações do trabalho, e na atual ordem constitucional só haveria espaço para a autonormatização, uma vez que seria falacioso afirmar algum antagonismo entre o negociado e o legislado (ROMITA, 2003, p. 34).

O fato é que o discurso neoliberal se amalgamou ao discurso da autonomização normativa dos grupos profissionais, e passou a patrocinar uma campanha de prevalência do negociado sobre o legislado. Desse modo, não se pode creditar ao Estado intervencionista a “capitalização” do Direito do Trabalho no Brasil, conforme se poderia supor. Percebe-se que tal fenômeno se inicia quando se deflagra o processo de democratização das relações do trabalho, a partir da promulgação da CF/88. Vê-se que a despeito do ressurgimento do sindicalismo nos anos oitenta, a ação sindical a partir de meados da década seguinte não só foi incapaz de estancar os reflexos das grandes ações estatais direcionadas à redução da influência do Estado na economia – acatando a prescrição da cartilha neoliberal – como, na verdade, chegou mesmo a viabilizar tais ações, conforme se verificou durante o período de privatizações, quando se popularizaram os programas de demissão voluntária (PDV).

A contraposição das dinâmicas identificadas por Maurício Godinho Delgado como as determinantes para a sistematização do Direito do Trabalho: a ação heteronormativa estatal e a ação autonormativa dos trabalhadores, permite concluir pela maior permeabilidade desta última

próprio corpo reduzido de procuradores, e por algumas posições conflitantes da jurisprudência) restringem o combate ao que se considera um “abuso normativo” por parte dos sindicatos. Acrescenta-se, ainda, a posição de algumas centrais sindicais, como a CUT, que durante o Fórum Nacional do Trabalho, em 2004, manifestaram-se pela não interferência do MPT no âmbito das negociações coletivas, e no controle da legalidade dos instrumentos normativos.

aos interesses capitalistas. Desse modo, apesar de todas as críticas (muitas das quais justas) que se possam dirigir à CLT e ao modelo plurinormativista estatal adotado pelo Brasil, que para alguns constitui um sistema jurídico “inflacionado por leis de circunstância e regulamentos de necessidade” (FARIA, 1995, p. 94), a estrutura heteronormatizada brasileira, a despeito da necessidade óbvia de atualização, deve ser caracterizada – inclusive historicamente – como um estatuto inclusivo, que opera seus efeitos no mundo dos fatos sócio-jurídicos, segundo um vetor muito específico: o da proteção do trabalhador subordinado, formalmente livre e economicamente dependente, e não, ao invés, por uma ótica especulativa acerca do quanto a cidadania centrada no trabalho poderia ser (ou ter sido) ampliada, se a CLT não existisse.

O DIREITO DO TRABALHO: UM DIREITO INCLUSIVO

Autores modernos professam, de fato, uma renovação do Direito do Trabalho, sustentando uma crítica mais ou menos homogênea, que tem como ponto de partida a própria denominação do ramo jurídico, haja vista que a sua consolidação, sistematização e institucionalização deram conta de apenas uma *espécie* do *gênero* “trabalho”: o emprego. O Direito do Trabalho seria, basicamente, o “Direito do Emprego”, ou, o “Direito do trabalho assalariado”.³⁶ A questão da denominação, aliás, é tópico obrigatório em todos os manuais de Direito do Trabalho. Apesar de a relação de emprego ser, de fato, o objeto de interesse da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a base contratual teleologicamente diferenciada dessa relação jurídica consagrou a denominação “contrato de trabalho”, e não “contrato de emprego”³⁷, visto que “contém, por subentendimento pacífico, a noção de subordinação jurídica ou dependência pessoal, elemento de mais valor na identificação da figura contratual característica do Direito do Trabalho” (CATHARINO, 1965, p. 14). De qualquer forma, ao menos em princípio, parece fazer sentido a crítica ao caráter restritivo do direito do trabalho, que se limita a regular a relação entre

³⁶ Esta tendência à adjetivação do Direito do Trabalho contraria a dogmática clássica, que se ocupou grandemente com o debate acerca da terminologia. No Brasil, esta discussão ainda corre ao largo da questão terminológica, mas foi reprisada a partir de um enfoque unitário, centrado na ideia de um Direito Social, como um *tertium genus*. Conforme assinala Süsskind, esta corrente ainda é minoritária.

³⁷ Embora José Martins Catharino, como outros doutrinadores clássicos, salientassem desde a primeira metade do século XX a preferência pela denominação “contrato de emprego”, a despeito de reconhecer que já se observava a utilização indistinta das denominações “contrato de emprego” e “contrato de trabalho”.

empregados e empregadores, não abrangendo, por conseguinte, outras formas de organização do trabalho humano. A crise do Direito do Trabalho residiria, portanto, na sua incapacidade de acompanhar a complexificação das relações de trabalho, mormente a partir da década de oitenta, como consequência da crise econômica iniciada na década precedente, bem como das inovações tecnológicas no campo da microeletrônica, robotização e microinformática, que eliminaram as barreiras do espaço e do tempo, “extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo” (DELGADO, 2007, p. 97). Mas esta suposta limitação do Direito do Trabalho, cuja evidência legitima as teses que põem em xeque seu futuro, seria fruto de seu próprio genoma, manipulado *in vitro* pelo sistema capitalista? O Direito do Trabalho seria uma criatura perfeita demais para existir indefinidamente, daí a necessidade de um gene recessivo que lhe dê funcionalidade temporária, para não pôr em risco o próprio criador?³⁸

Bom, já vimos que não!

Decerto que a apreciação científica do Direito do Trabalho só faz sentido a partir do momento em que “a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo” (DELGADO, 2007, p. 86), o que faz do Direito do Trabalho “produto cultural do século XIX” (MORAES FILHO *apud* SÜSSEKIND), autonomizando-se e consolidando-se durante os primeiros anos do século XX, à medida que o próprio capitalismo industrial se estruturava. Pode-se discutir, como no Brasil ainda se faz, se o Estado intervencionista sistematizou o Direito do Trabalho centrado da figura do trabalhador, sujeito de direito (no caso, ao trabalho livre) ou num protagonista ideal de um roteiro desenvolvimentista não democrático, no qual exerce o dever social de trabalhar.³⁹ No entanto, parece prudente restringir o significado da expressão “direito capitalista” ao que, de fato, o Direito do Trabalho é: um ramo do direito cuja formação se deu, historicamente, em compasso com a estruturação do capitalismo industrial, e cujo sentido teleológico está na regulamentação do trabalho livre e subordinado. A liberdade denota a base contratual da relação de emprego. A subordinação, por sua vez, decompõe-se nas suas expressões básicas: como a contraface do poder empregatício, e como a evidência de uma relação de dependência econômica (PORTO, 2009), evidencia, mais uma vez, o caráter revolucionário do Direito do Trabalho, na medida em que inaugura uma nova espécie contratual: o contrato-realidade. Melhor seria afirmar, como

³⁸ Um “Direito Replicante”, como no inspirado conto de Philip Kindred Dick “*Androids Dream of Electric Sheeps?*”.

³⁹ Conforme proclama o art. 136, da CF/1937.

Maurício Godinho Delgado (2007, p. 81), que o “Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema”, cujo papel não seria propriamente o de legitimá-lo, mas o de retificar-lhe as “distorções econômico-sociais e civilizar a relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil e, em especial, no estabelecimento e na empresa”.

Não há como negar a capacidade de adaptação e instrumentalização do capitalismo. Mas é duvidoso que esta capacidade opere seus efeitos de forma determinante em todas as etapas da formação e consolidação de um ramo jurídico, que se orienta ideologicamente segundo uma direção e um sentido opostos à doutrina capitalista. Pode-se especular que a etapa de institucionalização do Direito do Trabalho, sobretudo nos países periféricos, tenha sido conspurcada pelas “classes dominantes”, e que isto tenha contribuído para que o Direito do Trabalho fosse acometido dessa “síndrome do cobertor curto”. Contudo, é consenso entre os autores que a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores é um marco bastante representativo da assimilação do Direito do Trabalho à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado. Desse modo, ainda que se identifique a origem de todo mal na cooptação do Estado pelo capitalismo industrial, é certo que a maioria das ordens constitucionais democráticas centralizam no trabalho livre o sentido de inclusão social e cidadania, pois “não se pode esquecer que grande parte da população, no sistema capitalista, depende da venda de sua força de trabalho para sobreviver” (SOUTO MAIOR *apud* CAMARGO, p. 94). Desse modo, lembrando a lição de Streck, a realização do Direito do Trabalho, em sua vocação inclusiva é, antes de tudo, a realização de uma “promessa de modernidade”.

O caráter inclusivo do Direito do Trabalho pode ser analisado em compasso com sua vocação expansionista. Em sua concepção teleológica, o Direito do Trabalho deve ser definido de forma ampla, como a sugerida por Hernainz Marques:

[...] não é apenas um conjunto de leis, mas de normas jurídicas, entre as quais os contratos coletivos, e não regulam somente as relações entre empregados e empregadores num contrato de trabalho; ele vai desde sua preparação, com a aprendizagem, até as conseqüências (*sic*) complementares, como, por exemplo, a organização profissional. (MARQUES *apud* SÜSSEKIND, p. 99/100).

De fato, uma percepção acrítica do modelo plurinormativista brasileiro permite que se revele uma enorme rede de proteção a diversas relações de trabalho, inclusive aquelas que não se

inserem formalmente no conceito de relação de emprego.⁴⁰ É possível que não se trate do melhor modelo, mas no Brasil, desde os *Apontamentos de Direito Operário* de Evaristo de Moraes, a realização do Direito do Trabalho jamais negou sua vocação expansionista. Délio Maranhão afirma a “tendência do Direito do Trabalho em alargar suas fronteiras” e, citando Carlos Lega, reproduz que:

O dinamismo desse ramo do direito e seu incessante evoluir impedem possa ser ele visualizado de maneira estrita e nitidamente delimitada. 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 tornar-se a disciplina da atividade laborativa do homem*, socialmente obrigatória e necessária. (MARANHÃO, 1993, p. 4). (Grifo nosso).

No Brasil, há muito se ouve uma cantilena em torno da defasagem da estrutura regulatória das relações do trabalho, centrada na CLT, e modelada a partir de um tipo ideal de trabalhador: operário industrial e urbano. Contudo, este era o modelo historicamente situado como uma realidade mundial e, no Brasil, como uma promessa de realização política, corporificada como um propósito do Estado. Se este era o modelo de relação de trabalho que se realizava ou desejava, no interior de um propósito de desenvolvimento econômico, parece natural que certos aspectos dessa relação de trabalho, como a duração da jornada, a remuneração e as indenizações *ope legis* fossem exaustivamente normatizadas. Ocorre que a grade normativa é apenas a camada formal da estrutura de proteção social do trabalhador; não é a primeira, sequer a mais importante. Ela é precedida de um “dispositivo fundamental”, como uma regra de validação, cujo objetivo é reunir os requisitos que caracterizam o destinatário dessa estrutura protetiva, permitindo deduzi-lo do mundo dos fatos. O que não se deve olvidar é que o perfil histórico do empregado, em tempos de institucionalização do Direito do Trabalho, não se confunde com o tipo ideal do trabalhador amparado pelo Direito do Trabalho. Este tipo ideal é, antes de tudo, um arquétipo que permite a identificação do trabalhador materializado no mundo sensível.

Exercitemo-nos.

⁴⁰ A CLT é, de fato, o núcleo normativo-princípio lógico infraconstitucional do ordenamento jurídico laboral, no Brasil. Mas afirmar que o Direito do Trabalho brasileiro se limita à CLT é uma leviandade. A legislação trabalhista brasileira abarca um escopo grande de relações formais de emprego, tais como o trabalho avulso, trabalho doméstico, o aprendizado, o trabalho temporário, o rural (incluindo o realizado para consórcios de empregadores rurais) e o contrato de estágio.

Imagine-se, que durante o período histórico de acumulação primitiva de capital, determinado estatuto de direitos fosse criado para os escravos, centrado na dignidade da pessoa humana⁴¹. Alguém em sua sanidade perfeita inadmitiria que tal estatuto pudesse ser aplicado aos trabalhadores livres de hoje, naquilo que com ele não fosse incompatível, simplesmente pelo seu *locus* de paradigma histórico da realização dos princípios de equidade e de Justiça? Não seria a pecha “escravagista”, porventura dada a tal estatuto uma abominação? Afirmar sua função única, ou principal, de regular as relações de trabalho entre senhores e escravos, seria datá-lo e apequená-lo, mormente como marco dogmático, a partir do qual, sejam quais forem as características das relações de trabalho futuras, o escopo princípio lógico firmado nos tempos da escravidão se irá projetar seus efeitos *ad tempus*.

Pois assim é o Direito do Trabalho. Não apenas um conjunto de regras, que devem ser aplicadas a quem ostentar a posição de trabalhador subordinado e formalmente livre, sendo este *status* uma categoria pertencente ao mundo dos fatos, em razão do (talvez) mais importante princípio do Direito do Trabalho: o princípio da primazia da realidade.

Este princípio é inegável, assim como o é o próprio Direito do Trabalho. É na conformidade deste princípio que se exclui a autonomia da vontade privada como o vetor da configuração do trabalhador protegido. São os fatos que irão revelar este trabalhador, e não os contornos do contrato, tampouco as denominações de seus atores (autônomo, profissional liberal etc.).

⁴¹ Concordamos que é difícil conciliar escravidão com dignidade. A hipótese parte, no entanto, do pressuposto de uma legitimação histórica do trabalho servil. Situada desse modo, a hipótese não ostentaria incompatibilidade formal, no caso, entre possuir escravos e tratá-los com dignidade. Aliás, a moral cristã, que tanto contribuiu para a disseminação da ideia da dignidade do trabalhador e de seu trabalho, construiu-se dogmaticamente em torno da ideia de bondade e justiça, que deve sempre caracterizar o cristão: “A justiça é a virtude moral que consiste na constante e firme vontade de dar a Deus e ao próximo o que lhes é devido. A justiça para com Deus chama-se “virtude da religião”. Para com os homens, a justiça leva a respeitar os direitos de cada qual e a estabelecer, nas relações humanas, a harmonia que promove a equidade em relação às pessoas e ao bem comum. O homem justo, tantas vezes evocado nos livros santos, distingue-se pela rectidão habitual dos seus pensamentos e da sua conduta para com o próximo. ‘Não cometerás injustiças nos julgamentos. Não favorecerás o pobre, nem serás complacente para com os poderosos. Julgarás o teu próximo com imparcialidade’ (Lv 19, 15). ‘Senhores, dai aos vossos escravos o que é justo e equitativo, considerando que também vós tendes um Senhor no céu’” (CI 4, 1). (In CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA - Carta Apostólica LAETAMUR MAGNOPERE - Constituição Apostólica FIDEI DEPOSITUM – TERCEIRA PARTE: A VIDA EM CRISTO. PRIMEIRA SECCÃO: A VOCAÇÃO DO HOMEM: A VIDA NO ESPÍRITO. Capítulo Primeiro: A Dignidade da Pessoa Humana.)

O Relatório Supiot, cuja análise crítica o Prof. Jeammaud realiza em seu texto “A Questão do Futuro do Direito do Trabalho. Visão da Europa”, reafirma o princípio da primazia da realidade, considerando-o inafastável:

É preciso começar por sublinhar claramente que nenhum país europeu admite que as duas partes numa relação de trabalho sejam senhoras da qualificação jurídica desta relação, o que tornaria facultativa a aplicação do Direito do Trabalho. *O princípio que continua a ser sempre afirmado é que a independência não depende de uma qualificação convencional, mas de uma situação de facto.* Este princípio deve ser mantido com firmeza, se pretendermos sancionar as fraudes da falsa independência e as práticas de concorrência desleal daí resultantes. (SUPIOT, 2003, p. 23). (grifo nosso).

Esse é o fundamento central que justifica o caráter inclusivo do Direito do Trabalho, mas não o único. Seu caráter revolucionário não se revela apenas por seu objeto construído materialmente, mas também pelo traço de socialidade que o distinguia de todos os outros direitos, até então. A esse respeito, Arnaldo Süssekind (2005, p. 118) afirma que a “universalização do Direito do Trabalho exerceu decisiva influência na socialização de todo o Direito”, inclusive os ramos jurídicos privados, por excelência. No Brasil, o Novo Código Civil (C.C.), publicado em 2002, revela-se em muitas passagens mais protetor que a própria CLT, e o atual Código de Processo Civil (CPC) mais eficaz que as regras processuais trabalhistas⁴². O estatuto consumerista é reconhecido como tendo um caráter de subsistema singular, que prevalece sobre os demais subsistemas do ordenamento jurídico brasileiro (NUNES, 2006, p. 79) e que, tal como as normas anteriormente citadas, mostra-se bem mais avançado que a CLT⁴³. Vale afirmar que o consumidor é tomado como uma categoria jurídica cuja hipossuficiência se funda na debilidade

⁴² O capítulo das obrigações dialoga com a Constituição, a partir do que se denomina “função social dos contratos”. O capítulo da responsabilidade civil do C.C. adotou a tese do risco criado, subvertendo a lógica, até então vigente, da culpa provada. A responsabilidade objetiva, em inúmeros casos, passou a ser a regra. O rito executório do processo comum é muito mais sofisticado e eficaz que a *actio iudicati* trabalhista. O processo do trabalho inovou, de fato, ao propor a sua unidade, fundindo os ritos cognitivos e executivos. Atualmente, o novo Código de Processo Civil, além de adotar essa integração fásica, aperfeiçoou enormemente o rito executório, tornando-o bem mais ágil que a execução trabalhista, ainda centrada, basicamente, no título executivo judicial.

⁴³ Um exemplo disso é o capítulo reservado à tutela coletiva, de onde as denominações “direito coletivo”, “direito difuso” e “direito individual homogêneo” fundamentam a tutela transindividual no âmbito de todos os outros sistemas jurídicos. No âmbito da tutela individual, comparem-se os critérios de definição da competência *ratione loci*, que no caso do consumidor é o local de seu domicílio, enquanto que no caso do trabalhador é o local da prestação de serviços ou, secundariamente, o local da contratação.

técnico-informativa⁴⁴, a qual, diferentemente da que aflige o trabalhador, não tem natureza econômica. Talvez seja por isso que o mestre Milton Santos afirmou que “o Brasil, apesar de não possuir um estatuto de cidadania, se orgulha de ter um Código de Defesa do Consumidor”⁴⁵. Até mesmo o Direito Empresarial maneja o princípio da primazia da realidade, a fim de classificar as sociedades de fato e identificar os titulares da atividade empresária. No âmbito do Direito Administrativo, o rigor formal foi abandonado em prol do princípio da finalidade, isto é, da realização material da função pública, priorizando o interesse público em detrimento da forma⁴⁶. Estas são apenas algumas de várias expressões do princípio da socialidade e da primazia da realidade, operando no âmbito dos sistemas jurídicos na busca de um ideal substantivo de Justiça, o qual, para Romita (2003, p.23), é o verdadeiro papel do Direito.

O caráter inclusivo do Direito do Trabalho também pode ser extraído da sua vocação universalista. Se o fundamento do direito social é a dignidade da pessoa humana, considerando que esse ideário vem sendo incessantemente incrustado nos textos constitucionais, como evitar que a dignificação do trabalho humano não rompa as fronteiras dos Estados Nacionais, e não se torne uma meta global, como o é a proteção das crianças, a supressão da violência contra a mulher ou o aplacamento da fome? O que dizer da OIT, que sobreviveu à sucumbência da Liga das Nações, vindo a se tornar o mais antigo organismo internacional de direitos humanos em operação, cuja Constituição, incorporando a Declaração da Filadélfia, de 1944, inspirou a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem?

Sob o ponto de vista da noção jurídica de relação de emprego, Lorena Vasconcelos Porto afirma:

[...] que se trata de uma “noção jurídica de uso universal, sendo comum às diversas tradições e sistemas jurídicos do mundo, apesar de os direitos e as obrigações a ela relativos variarem nos diversos países. Do mesmo modo,

⁴⁴ As relações de consumo se exteriorizam através de contratos de adesão, em que as cláusulas não são consensualmente estabelecidas pelas partes. É justamente essa unilateralidade performativa, associada à opacidade de informação que justifica a legislação protetiva do consumidor, independentemente de seu *status* econômico. Em tempos de desemprego, tem-se observado que os contratos de trabalho ostentam traços dos contratos de consumo, tornando-se cada vez menos consensuais e comutativos. Curiosamente, na contramão da onda de “cidadania consumerista”, fala-se cada vez mais na retirada da camada protetora do trabalhador, despojando-lhe da normatização cogente e imperativa que o ampara. Talvez seja pelo fato de que, em verdade, o contrato de trabalho é um contrato de consumo, no qual o consumidor é o empregador, e o artigo consumido é o trabalhador. Desse modo, retrocede-se no tempo em que o trabalho, sob uma perspectiva neoliberal, equivale à servidão; é a “mó de gastar gente” (Darcy Ribeiro in “O Povo Brasileiro”. São Paulo: Ed. Schwarcz, 2006).

⁴⁵ Em entrevista dada ao Jornal dos Economistas, nº 103, em 1997, intitulada “A Crise Já se Instalou”, na qual o ilustre geógrafo brasileiro afirma que o Brasil é uma “Democracia de Mercado”.

⁴⁶ *cf.* Lei 9.784/99 (do Processo Administrativo Federal).

variam os critérios para determinar se existe ou não uma relação empregatícia, mas é possível encontrar noções comuns como as de subordinação e dependência. (PORTO, 2009, p. 31).

Mas se a despeito da vocação originária do Direito do Trabalho em ser um direito inclusivo, universal e com perspectiva de alcançar um amplo espectro de relações de trabalho, por que se discute o seu apequenamento, a sua insuficiência para dar conta de conferir proteção, dignidade e cidadania aos trabalhadores deste mundo globalizado?

O CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO COMO O *LOCUS* DA CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

Até aqui se defendeu que a insuficiência do Direito do Trabalho, em dar conta da complexidade das relações de trabalho hodiernas, não é resultado de um suposto caráter atávico atribuído a esse ramo do Direito. Da mesma forma, em sistemas jurídicos hetero e autonormatizados, como no Brasil, não se observou uma cooptação capitalista que fosse determinante para a redução do escopo do Direito do Trabalho, na sua pretensão de amparar o trabalhador, considerado uma categoria jurídica substancialmente hipossuficiente. Esta tendência foi revertida, obviamente, a partir da década de noventa, coincidindo com o incremento da autonomia dos grupos profissionais, e a apropriação do discurso da prevalência da vontade coletiva sobre os dispositivos normativos estatais pela doutrina neoliberal.

Convém sublinhar, no entanto, que as primeiras ondas flexibilizantes não se projetaram na direção de novas possibilidades de relações de trabalho que, porventura estivessem essencialmente fora do halo de proteção convencional, determinado pelo ordenamento jurídico.

No caso brasileiro, uma das primeiras manifestações que se tem notícia ocorreu na década de setenta, com a publicação da Lei 6.019/74 (Lei do Contrato Temporário), que teve como base a lei francesa de janeiro de 1972. A lei foi de iniciativa do próprio Congresso Nacional, através do Deputado João Alves, mas foi patrocinada pela ASSERTEM, uma associação de empresas de trabalho temporário de São Paulo, que contratou um assessor parlamentar para sensibilizar os deputados (WIEGERINCK, 1999, p. 38/39). Decerto que a regulação do trabalho temporário foi uma necessidade decorrente de um momento em que se

impunham as reestruturações produtivas (CARELLI, 2004, p. 20), ao passo que as tais situações transitórias, visadas pela contratação temporária sempre foram observadas, haja vista a própria CLT prevê-las.

Um conjunto de fatores contribuiu para que o contrato temporário não descambasse para o *marchandage*, entre eles a fixação da responsabilidade solidária da tomadora, em face dos débitos salariais e previdenciários da prestadora; a posição conservadora do Ministério do Trabalho, no tocante à fiscalização da contratação temporária, nomeadamente quanto aos conceitos de “acréscimo extraordinário de serviços” e “substituição de pessoal especializado”⁴⁷; o controle exercido pelo Ministério do Trabalho sobre as empresas prestadoras de serviço temporário, das quais se exige um cadastro junto ao órgão, condicionado a diversos requisitos, entre eles um capital social integralizado mínimo. Todavia, isto não evitou certo abuso na utilização da mão-de-obra temporária no Brasil, sobretudo no setor da construção civil e de montagens, principalmente após o arrefecimento do entendimento restritivo do MTE, em meados nos anos noventa.

A despeito da relação triangular, uma exceção à regra da subordinação pessoal como elemento fixador dos polos da relação de emprego⁴⁸, o escopo de proteção formal dos trabalhadores temporários não estava muito distante daquele destinado aos contratados por prazo determinado (CLT, art. 443), até porque o princípio isonômico, que norteia a lei 6.019/74, tende a igualar – relativamente – as condições de trabalho atribuídas aos trabalhadores temporários, com as reservadas aos empregados permanentes da tomadora de serviços. Desse modo, pode-se dizer que o contrato temporário, em certa medida, veio reduzir a utilização informal ou legalmente inadequada do trabalho transitório, de forma que o Estado, através da Inspeção do Trabalho, passou a se ocupar da fundamentação material e formal dos contratos, enquanto a Justiça do Trabalho lidava, basicamente, com a responsabilização das tomadoras de serviço, com ou sem o reconhecimento dos vínculos empregatícios.

⁴⁷ Essa posição conservadora foi duramente criticada, inclusive pela doutrina (cf. Amauri Mascaro do Nascimento), sendo posteriormente atenuada com a edição da Instrução Normativa nº 03/1997.

⁴⁸ Esta relação triangular também se observa quanto aos trabalhadores avulsos (Lei 2.196/54), os quais, todavia, foram paulatinamente incorporados ao paradigma celetista (apesar de a CLT, desde sempre, admitir esta assimilação, o que se dessume da leitura *a contrario sensu* do Art. 7º) e posteriormente assemelhados aos trabalhadores “convencionais” pela CF/88.

As demais medidas inovadoras da relação de emprego (contrato por prazo determinado da Lei 9.019/98 e contrato a tempo parcial, por exemplo) dividiram a atenção com campanhas estatais de “contemporização” das ações repressivas da Inspeção do Trabalho⁴⁹, e a criação de institutos destinados à composição extrajudicial de conflitos trabalhistas⁵⁰. Todavia, nenhuma dessas iniciativas se popularizou, em grande parte porque a manipulação das novas formas de contratação dependia de respaldo em negociação coletiva, ficando desde logo evidente uma grande desconfiança em torno dessas “modernidades”. Por outro lado, os requisitos formais para o emprego das modalidades alternativas de contratação não eram muito fáceis de atender, dando margem à atuação coativa da Inspeção do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, facilitando a satisfação das pretensões ajuizadas pelos trabalhadores, junto ao Judiciário Trabalhista. O conjunto dessas dificuldades fazia com que as empresas evitassem o emprego dessas possibilidades de contratação. Mesmo entre as que se aventuravam lançar mão dos contratos alternativos, o sentimento era de permanente vulnerabilidade.

No Brasil, portanto, não se percebeu grande impacto sobre as formas de contratação extravagante criadas por lei, à exceção, como dito, do contrato temporário, que das formas contratuais alternativas era a única que excepcionava a dinâmica clássica da subordinação jurídica, sem, contudo, centrifugar-se para além da seara juslaborista.

Nomeamos de “flexibilização formal” ao emprego de formas alternativas de contratação, condicionadas predominantemente a requisitos formais e, de qualquer maneira, fora da apreciação fática do quesito subordinação. Em compensação, a “flexibilização das condições de trabalho” foi rápida e profundamente difundida no Brasil, através de institutos como o “banco de horas” (Lei 9.601/98), os turnos ininterruptos de revezamento (CF/88, art. 7º, inc. XIV) e as escalas de trabalho excêntricas (12 horas de trabalho por 36 de descanso, por exemplo)⁵¹.

Vê-se que nenhuma das modalidades flexibilizadoras do contrato de trabalho gerava efeitos jurídicos fora do alcance do Direito do Trabalho. Além disso, quase todas foram muito

⁴⁹ Batizada de “Novo Perfil da Fiscalização do Trabalho”, cujo objetivo era o de estimular as ações recomendatórias e orientadoras da Inspeção do Trabalho, em consonância com a Convenção nº 81, da OIT, levou à criação de institutos de regularização conciliada dos atributos trabalhistas, como as Mesas de Entendimento (IN nº 23/2001).

⁵⁰ Como no caso das Comissões de Conciliação Prévia (Lei 9.958/2000).

⁵¹ Ainda se discute na doutrina a legalidade e os limites desses institutos de flexibilização da jornada de trabalho. Todavia, há relativo consenso em torno do impulso que o interesse por tais disposições deu às negociações coletivas, fazendo com que as restrições à propositura dos dissídios coletivos de natureza econômica trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 não fossem claramente percebidas.

pouco utilizadas, quer em razão da vulnerabilidade frente às ações repressivas ou restitutivas do Estado, quer pela desconfiança que as representações sindicais mostraram diante dessas alternativas. O mesmo não se pode dizer a respeito da flexibilização das condições de trabalho, sobretudo com relação à duração do trabalho e dos repousos. No entanto, mesmo em se considerando o intenso debate em torno dessas medidas, incluindo aí uma enorme pressão, junto ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) por parte de certas representações econômicas⁵², o fato é que o rol de possibilidades de flexibilização das condições de trabalho também não maculava a natureza da relação empregatícia, não cabendo se discutir o tema sob o prisma do escopo tutelar do ramo jurídico trabalhista.

No entanto, percebe-se no Brasil, como de resto, no mundo todo (JEAMMAUD, 2000, p. 31) um movimento importante, e que, de fato, se manifesta como exemplo de reconfiguração das relações de trabalho, correndo à margem da tutela trabalhista, justamente porque se escora em formatos legais excludentes da relação de emprego. São, nomeadamente, as diversas expressões da terceirização, incluindo aí formas altamente impactantes, como a “pejotização”⁵³ e as cooperativas de trabalho⁵⁴.

Embora altamente perniciosas, as cooperativas de trabalho ou de mão-de-obra, quando consideradas fraudulentas (“fraudoperativas”), não conseguem ocultar facilmente suas irregularidades, quer no âmbito de suas próprias organizações (estatutos fora do contexto legal, objetos em desconformidade com os princípios da organização do trabalho cooperado, utilização da cooptação de cooperados, normalmente assimilados através do *marchandage* etc.), ou no

⁵² Conforme se vê nas cartas-ofícios nº 10, 24 e 1.515/2005, dirigidas ao Ministro Vantuil Abdala pela FENAVIST (Federação das Empresas de Vigilância, Segurança e Transporte de Valores) e pela FEBRAC (Federação das Empresas Prestadoras de Serviços de Limpeza e Conservação), criticando a posição conservadora do Tribunal com relação às restrições para a supressão do intervalo intrajornada, a realização de horas extras e a remuneração em dobro nos repousos interjornada.

⁵³ Expressão popularizada nos círculos jurídicos brasileiros para designar o trabalhador autônomo, que terceiriza seu trabalho pessoal transmutado de pessoa jurídica (PJ), quer através de firmas individuais, quer coletivamente, através de participação societária desprezível (“sócio poeira”), em que um sócio majoritário (empregador?) detém mais de 50% das quotas da sociedade empresária, sendo que a participação restante é distribuída aos demais sócios. Em geral, tais empresas quase não possuem empregados, apenas “sócios”.

⁵⁴ As cooperativas de trabalho são formas de organização do trabalho instituídas no século XIX, provavelmente na Inglaterra, estando reguladas no Brasil através da Lei 5.764/71. Esta modalidade sofreu um “boom” depois que o art. 442, da CLT foi alterado, passando a incluir um parágrafo único, cuja redação é a seguinte: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. A superutilização das cooperativas de trabalho (ou mão-de-obra) alcançou as raias da indecência, penetrando, inclusive, no âmbito da Administração Pública, que se mostrou, desde logo, como terreno altamente fértil à propagação de formas geralmente ilícitas de trabalho cooperado. Sobre o assunto, conferir o livro “Cooperativas de Mão-de-Obra: manual contra a fraude”, de Rodrigo de Lacerda Carelli, LTr, 2002).

contexto da relação de prestação de serviços para a empresa tomadora ou a Administração Pública. Por isso, apesar do intenso lobby das associações de cooperativas, chegando mesmo a ocupar espaço durante o Fórum Nacional do Trabalho, havido em 2004, não está sendo muito difícil o combate às cooperativas irregulares, tanto pela atuação do Ministério Público do Trabalho, através de ações civis públicas; do Ministério do Trabalho, através das inspeções fiscais, quanto da Justiça do Trabalho, que vem, com frequência, reconhecendo vínculos empregatícios com a tomadora de serviços. O assédio do Estado à atuação das “fraudoperativas” fez com que a Administração Pública, principalmente na esfera municipal e estadual, se tornasse um ótimo reduto para a sua propagação, haja vista a reduzida – atualmente quase nula⁵⁵ – responsabilização atribuída ao setor público pelos direitos trabalhistas reconhecidos em favor dos cooperados, e a necessidade de ações preventivas e profiláticas executadas por órgãos não diretamente ligados ao sistema jurídico-laboral, como os tribunais de contas dos estados, os quais estão sempre suscetíveis a enormes pressões políticas.

Já o fenômeno da terceirização, seja na sua forma clássica, seja nas suas expressões individualizadas, como a “pejotização”, ou atomizadas, como o “sócio-poeira” é, de longe, o tema que ocupa espaço em todos os âmbitos do mundo jurídico trabalhista brasileiro, e que, conforme a percepção do Prof. Jeammaud, impulsiona o debate contemporâneo em torno da especialização e sofisticação das relações do trabalho, gerando dúvidas acerca do futuro do Direito do Trabalho, justamente por subverter o parâmetro estrutural da relação de emprego: a subordinação jurídica.

Alain Supiot também menciona o problema do critério de subordinação jurídica como o elo fraco da doutrina trabalhista convencional, pois sua acepção clássica não se encaixa ao modelo, cada vez mais difundido, no qual o trabalhador/colaborador detém considerável autonomia e, dizem, independência funcional. O jurista francês ensina que uma das primeiras reações da doutrina e da jurisprudência européias foi alargar o critério de subordinação jurídica, de modo a “evitar que a autonomia com que alguns assalariados executam o seu trabalho os exclua do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho” (SUPIOT, 2003, p. 32). A técnica

⁵⁵ O STF recentemente firmou posição em torno da ausência de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos, critério que também vale para as terceirizações. Esta manifestação da nossa “Corte Constitucional” causou comoção no meio trabalhista, inclusive no âmbito do TST, que tem avaliado a possibilidade de resistir à orientação do Supremo Tribunal Federal, nesse particular.

empregada com esse fim era a do “feixe de indícios”⁵⁶, a qual consiste em não se exigir a totalidade dos requisitos configuradores da relação de emprego⁵⁷, e/ou sua presença insofismável, ponderando-os em conformidade com as circunstâncias de fato, ou visualizando-os através de uma assinatura indiciária, de maneira a se “induzir a existência de uma relação de subordinação a partir da presença de vários desses indícios” (SUPIOT, 2003, p. 33).

Ainda para o mestre francês, a despeito desse esforço de alargamento das fronteiras do trabalho subordinado, de forma a acomodar dentro do salariedade um grande número de atividades laborais que, “pela sua natureza, requerem uma certa independência (médicos, jornalistas, professores)”, foram observados dois efeitos considerados perversos. O primeiro deles foi a insegurança jurídica, reproduzida na atuação jurisdicional, causada pela fluidez do conceito de subordinação. O segundo, em razão do “afrouxamento da relação entre subordinação e estatuto salarial”, resultou na apropriação das proteções do Direito do Trabalho pelos “trabalhadores dotados de grande independência” (diretores, trabalhadores detentores de poder de mandato⁵⁸, por exemplo), “enquanto os trabalhadores mais frágeis, pelo contrário, se viram privados de todas ou de parte dessas proteções, devido à precarização dos seus postos de trabalho, ou ficaram mesmo, pelo recurso à falsa independência, excluídos do Direito do Trabalho (SUPIOT, 2002, p. 35).

Lorena Vasconcelos Porto também identifica uma expansão inicial do conceito de subordinação, seguida de retração, criando o que os juristas chamam de *zone grise* das relações de trabalho (PORTO, 2009, p. 94/99). O feixe de indícios qualificadores tornou-se um destacado

⁵⁶ O feixe de indícios é um conceito formulado pela doutrina, e empregada pela jurisprudência na maior parte dos países europeus:

INGLATERRA – o critério é substancialmente empregado para testar a “realidade econômica” (*test of economic reality*) da relação de trabalho, buscando-se contatar se o trabalho detém, de fato, um negócio por conta própria;

FRANÇA – limitado inicialmente pela concepção clássica de subordinação, ampliou-se, procurando traduzir a espécie de liberdade exercida pelo trabalhador, se uma liberdade empresarial, ou se meramente uma liberdade de trabalho;

ESPAÑA – procurou centrar o conceito no princípio da alteridade, interpretado aqui sob o enfoque da apropriação dos frutos do trabalho exercido para pessoa diversa daquela que executou o trabalho;

BÉLGICA – optou-se por uma substancial alteração normativa, fazendo desaparecer do ordenamento jurídico o conceito de “direção”, atribuído àquele que detém o poder empregatício;

HOLANDA – a jurisprudência capitaneou as transformações ampliativas do conceito de subordinação, agregando a noção de dependência econômica, além de empregar o conceito de “poder diretivo em potência”;

PORTUGAL – da mesma forma que a Holanda, Portugal ampliou o conceito de subordinação a partir da noção clássica, centrada na direção e na autoridade, excepcionando, no entanto, o seu caráter fático, bastando que tal poder se realize potencialmente. (PORTO, 2009, p. 48/49).

⁵⁷ Cf. a CLT: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não-eventualidade e alteridade. Alguns autores ainda incluem a exclusividade ou não-competitividade, haja vista sua importância para a análise de um tipo especial de trabalho, que é a representação comercial.

⁵⁸ Cf. Art. 62, CLT.

exemplo da fase expansionista, que perdurou até a década de 1980, mas que tinha seus inconvenientes. Primeiramente porque não se tratava, necessariamente, de uma revisitação do conceito de subordinação. O feixe de indícios era uma técnica de perscrutação cognitiva empregada no âmbito judicial, que utilizava a plataforma clássica para a configuração da subordinação. Decerto que a técnica buscava inspecionar a “realidade econômica” das relações de trabalho, procurando constatar, por meio de indícios, se a alteridade se materializava de fato. No entanto, permaneciam fortes as noções de “direção” e “autoridade” como os vetores do conceito de subordinação, embora reintroduzidas na sua forma potencial⁵⁹. Por isso, em conformidade com a observação de Alain Supiot, a técnica do feixe de indícios foi severamente criticada pelo fato de ela atribuir “grande importância ao poder de valoração do juiz para a qualificação da relação, o que dificulta o estabelecimento de soluções precisas no caso de profissões em que o vínculo de subordinação é difícil de ser definido” (PORTO, 2009, p. 50).

A técnica do feixe de indícios pressupõe um outro inconveniente, desta vez pouco observado pela doutrina. Trata-se do fato de que há uma subversão da carga probatória, a partir do ofuscamento do critério do *favor operatoris*, vale dizer, de uma presunção probatória favorável ao trabalhador. É bem verdade que essa subversão não chega a se converter numa objetivação formal da relação de trabalho, baseada estritamente no conteúdo dos contratos, tendência esta que se observou na fase descendente do conceito de subordinação. Mas é inegável a acomodação da instrução processual trabalhista à base principiológica dos inquéritos policiais, com o inconveniente do contraditório e da ampla defesa. O feixe de indícios pode ser comparado à prova indiciária, de natureza não conclusiva, eis que pode ser revista num processo judicial, cuja instrução é orientada pelo princípio do *favor rei*, na conformidade dos postulados da presunção de inocência e da subjetivação da responsabilidade penal. Explica-se daí o porquê da enorme concentração de poder nas mãos dos juízes, e da notável inconsistência jurisprudencial, na medida em que determinadas decisões não são necessariamente confirmadas nas instâncias superiores. Essa curiosa analogia do tomador de serviços com o réu do processo penal

⁵⁹ “O poder potencial é, assim, a capacidade de determinar o comportamento dos outros ‘um chefe militar exerce poder sobre seus soldados quando ordena o ataque e seus soldados executam a ordem. E tem um poder sobre eles se é provável que os soldados atacariam se o comandante ordenasse’”(BOBBIO; METTEUCCI; PASQUINO *apud* PORTO, 2009, p. 72).

(“empresário-réu”, na expressão de Antônio Vallebona) permite que se lhe atribua um “direito natural à fuga”⁶⁰, no caso, à fuga do Direito do Trabalho (SUPIOT, 2003).

É, de fato, paradoxal o efeito da técnica do feixe de indícios. Deve-se isto ao que consideramos uma tendência à objetivação dos marcos reguladores das relações do trabalho⁶¹, e à apropriação do que a hermenêutica jurídica denomina interpretação autêntica *ex lege*. Mesmo a noção jurídica de empregado, necessariamente aberta, é formada pela associação dos requisitos expressos na norma à teoria da carga dinâmica da prova judicial, fundada no princípio do *in dubio pro operario*. Este princípio, hoje bastante questionado, inclusive no Brasil (DELGADO, 2007, 212), se externaliza no âmbito judicial na forma de uma “responsabilidade objetiva probatória” daquele que detém a “propensão ao patronato”. Se o Novo Código Civil Brasileiro admite a objetivação da responsabilidade civil, partindo da noção do risco criado, por que não responsabilizar aquele que se apropria do trabalho alheio, em razão do risco inerente à adoção de formas ditas desviantes da forma-regra da relação de emprego?

Parece excessivo, de fato, atribuir a responsabilidade ao propenso patrão de desconstruir o nexa causal entre a sua conduta, como tomador de serviços, e a do trabalhador (independentemente da forma jurídica assumida), como prestador, no contexto de uma responsabilidade objetiva pela assunção do vínculo empregatício (embora no âmbito da responsabilidade pela garantia dos créditos salariais nos pareça inafastável⁶²). Entretanto, é perfeitamente plausível que esse risco criado se exteriorize na forma da assunção do *onus probandi* – quando demandado por trabalhador que pretenda ver reconhecida a relação de emprego. Se o dono de um salão de beleza decide firmar contratos de arrendamento mercantil das suas cadeiras, como forma de cooptar cabeleireiros para o seu “quadro funcional”, é natural que assuma o ônus da prova no momento em que seja demandado por qualquer profissional que

⁶⁰ Com referência à polêmica declaração do Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, que em 2000 concedeu *habeas corpus* ao banqueiro ítalo-brasileiro Salvatore Cacciola, indiciado pelo cometimento de crime contra a ordem econômica, possibilitando a sua fuga para a Itália.

⁶¹ Tomando como base a CLT, vê-se em diversas passagens que critérios para definição de conceitos importantes, como isonomia salarial (art. 461); atraso e prorrogação da jornada (art. 58); trabalho noturno (art. 73); menoridade trabalhista (art. 402 c/c CF/88, art. 7º, inc. XXX); trabalhador mensalista (art. 64); falta grave (art. 482); de unicidade contratual (art. 448), dentre outros, são objetivados ou autenticamente interpretados. Esse fenômeno é recorrente também na literatura esparsa, como no caso da definição de terceirização ilícita (Instrução Normativa nº 03/1997); de terceirização lícita (Leis 6.019/74 e 7.102/83); de saque fraudulento do FGTS (Portaria nº 384/1992); de trabalho insalubre ou perigoso para os trabalhadores menores (Portaria nº 20/2001), entre outros exemplos.

⁶² É possível extrair da própria CLT o que poderíamos chamar de “princípio da responsabilidade solidária”, baseado no conteúdo do art. 455, embora não tenha caminhado neste sentido o Tribunal Superior do Trabalho, a julgar pela Súmula nº 331.

queira discutir sua autonomia na Justiça do Trabalho. Aliás, como prova da valorização da “cidadania consumerista”, ressalte-se a forma com que o Código de Defesa Consumidor (CDC) lida com o ônus da prova, revertendo-a em favor do cliente, em detrimento do fornecedor, como um direito subjetivo público daquele (*cf.* Art. 6º, VIII).

O feixe indiciário, como dito, mitiga a presunção do vínculo empregatício, justamente por não patrocinar a objetivação da responsabilidade pelo *onus probandi* da (in)existência dos requisitos que configuram a subordinação, consectário lógico do princípio do *in dubio pro operario*. Como efeito secundário, é possível atribuir à intensa subjetivação desses critérios a tendência que se observou, no contexto de um movimento restritivo do conceito de subordinação, de objetivação da vontade privada, que se desdobra numa presunção de veracidade da liberdade contratual, exteriorizada pelo formato do contrato. Trata-se, por óbvio, de um *loop* histórico, um retorno à era da falácia da liberdade e da justiça contratual entre desiguais. Como relata Lorena Vasconcelos Porto:

O objeto principal da análise dos juízes passa a ser a denominada “vontade contratual das partes”. Ao *nomen juris* atribuído ao contrato, em especial, - ao contrário do entendimento jurisprudencial da primeira fase -, é reconhecido um valor fundamental e prioritário para a reconstrução da vontade negocial, podendo ser desmentido apenas pela prova em sentido contrário efetuada pela parte interessada. (PORTO, 2009, p. 154).

O Relatório Supiot, quando trata da expansão do escopo protetivo do Direito do Trabalho como uma tendência superável, em razão dos efeitos colaterais já mencionados, deixou de apreciar outras possibilidades, como seria o caso da subordinação objetiva. Segundo esta tese, o poder diretivo se mostra objetivamente, quando o empregador dispõe permanentemente do trabalho do indivíduo que participa das atividades da empresa. Trata-se da “participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho” (ROCHA *apud* PORTO, 2009, p. 69), ou, noutros termos, quando “se dá o acoplamento da atividade do prestador na atividade da empresa”, revelado por “recíprocas expectativas que se reiteram, pois que à atividade da empresa é imprescindível a atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração de atividades, o que redundará em uma situação de dependência”. Por ser a atividade do prestador “indispensável à atividade da empresa e sempre expectada, passa esta a depender daquela”. Haveria, portanto, uma “dependência recíproca”. (PORTO, 2009, p. 69).

Segundo o juslaborista português Antônio Lemos Monteiro Fernandes:

[...] a subordinação objetiva consiste no fato de a atividade exercida pelo trabalhador, ainda que em condição de autonomia técnica, se inserir num processo produtivo dominado por outrem, verificando-se, pois, dependência sob o ponto de vista da estrutura do mesmo processo. A subordinação, nessa concepção, decorre do fato de o trabalhador se integrar numa organização de meios produtivos alheia, dirigida à obtenção de fins igualmente alheios, e que essa integração acarreta a submissão às regras que exprimem o poder de organização do empresário. (FERNANDES *apud* PORTO, 2009, p. 69/70).

Por aqui, Maurício Godinho Delgado defende o que se denomina “subordinação estrutural”, como uma reconfiguração do conceito de subordinação jurídica, no intuito de alargar o escopo do Direito do Trabalho, como uma exigência para a realização dos direitos fundamentais trabalhistas, insculpidos na Constituição Federal. Ele aprecia a tese da subordinação objetiva, mas considera que tal conceito englobaria, sem dúvida, formas de trabalho realmente autônomas. Esta é, aliás, uma crítica recorrente à tese da subordinação objetiva, razão pela qual acabou não se consolidando na área jurídica. Por sua vez, a subordinação estrutural partiria da mesma plataforma, sendo atenuada pela apreciação do quanto o trabalhador se insere na “dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento” (DELGADO, 2006, p. 667).

Sendo o critério de dependência recíproca extremamente amplo, a generalidade representada pelo simples acoplamento das atividades do trabalhador às atividades da empresa é oposta à incorporação e submissão à cultura corporativa dominante do tomador de serviços. Seria o caso de diferenciar o médico prestador de serviços como pessoa jurídica e o técnico autônomo de manutenção de equipamentos de diagnósticos por imagem, ambos prestando serviços para um hospital. Observa-se a relação de dependência recíproca em ambos os casos, mas a integração à dinâmica dominante do tomador se vislumbra apenas em relação ao médico⁶³.

Conforme reproduz o Prof. Antoine Jeammaud, o Relatório Supiot considera a existência de quatro hipóteses ou proposições para o que se evidencia como a evolução provável

⁶³ Interessante observar a justificativa recorrente entre os proprietários de hospitais no Brasil, ao contratar médicos como autônomos. Eles argumentam que a atividade-fim dos hospitais é fornecer o serviço de hotelaria hospitalar, e não serviços médicos. (*cf.* Relatórios de inspeção no âmbito do projeto de combate à terceirização ilícita, coordenado pela Superintendência do Trabalho e Emprego do Rio de Janeiro – SRTE/RJ).

ou plausível do Direito do Trabalho. As hipóteses são, respectivamente, a erradicação, a mudança de objeto⁶⁴, a proceduralização⁶⁵ e a extensão⁶⁶. Consideramos que as observações do mestre francês, acerca das orientações propostas no Relatório Supiot, são perfeitamente endossáveis. A par das considerações feitas por Jeammaud, reprisamos as observações de Lorena Vasconcelos Porto, afirmando que, de fato, o Relatório Supiot não vislumbra a possibilidade de se adotar uma interpretação ampliativa do conceito de subordinação, preferindo refundar o “Direito Social” para alcançar, como um “direito comum”, todas as expressões sociais do *homo laborans*, estruturado basicamente sobre um único princípio: o princípio da liberdade de trabalho.

Em consonância com a tese de que o conceito de subordinação foi apequenado (como, de resto, do próprio Direito do Trabalho) pelo efeito de uma sinédoque histórica (PORTO, 2009, p. 43). Descartando completamente o reconhecimento institucional de um *tertium genus* situado entre a autonomia e a subordinação⁶⁷ e, por fim, compreendendo as dificuldades que envolvem a ampliação do Direito do Trabalho a partir da incorporação da subordinação objetiva⁶⁸, endossamos a proposta formulada pela Prof^a Lorena Vasconcelos Porto, a qual aponta para uma “subordinação integrativa”, resultado da junção da plataforma objetiva, debrida pela

⁶⁴ O Direito do Trabalho deixaria de se um “direito do trabalho assalariado”, e passaria a ser, numa primeira hipótese, um “direito da atividade” e, numa segunda, um “direito do mercado de trabalho”. Tais hipóteses partem da convicção de que o Direito do Trabalho é, fundamentalmente, um direito exclusivo, gerando heterogeneidade social, dividindo os trabalhadores em *insiders* e *outsiders* de um sistema de proteção social.

⁶⁵ Conforme o texto “O Paradigma Procedural do Direito: traduções da teoria para o Direito do Trabalho e jurisprudência trabalhista”, de autoria do Prof. Joaquim Leonel de Rezende Alvim, a proceduralização do Direito do Trabalho, de nítida inspiração habermasiana, pressupõe o abandono da atuação substancialista do Estado Social, no que tange à elaboração e aplicação das normas. Em seu lugar, ter-se-ia a institucionalização dos mecanismos discursivos, no interior dos quais os atores e interesses em questão iriam interagir, dentro de uma conformidade procedimental sujeita ao controle jurisdicional.

⁶⁶ Trata-se do alargamento do âmbito de proteção do Direito do Trabalho, que passaria a amparar o que Jeammaud denomina “trabalho sem adjetivo”.

⁶⁷ Trata-se do conceito de parassubordinação, que foi institucionalizado na Itália, sendo difundido para outros países europeus. Os parassubordinados são uma categoria de trabalhadores localizados entre a matriz subordinativa clássica e a autonomia ideal. Optou-se, portanto, pelo não elastecimento do conceito de subordinação, sob a justificativa de abranger um número maior de trabalhadores. O resultado foi a institucionalização do trabalho precário, em figuras como a “Colaboração Coordenada Continuada – Co.Co.Co.” – e a “Colaboração Coordenada por Projeto – Co.Co.Pro.”.

⁶⁸ Tais dificuldades, grosso modo, são as mesmas de um “direito do trabalho sem adjetivos”, pois, de início, ter-se-ia que discutir a autonomia do Direito do Trabalho e de outros ramos jurídicos, como o Direito Previdenciário e, talvez, o Direito Tributário, que se estruturam ao redor de outras realidades e atores totalmente discerníveis do trabalhador subordinado. Num segundo momento, sob o ímpeto de se criar um grande “guarda-chuva social”, a totalidade de indivíduos que, de alguma forma, realizam “trabalho socialmente útil”, obrigaria que esse direito comum encontrasse formas de financiamento para além da atuação ordinária do Estado. Com a possibilidade de ampliação do tamanho da banheira, mais pessoas nela entrariam; mantida a mesma quantidade de água, todos iriam se molhar, mas ninguém tomaria banho. A perspectiva é que o nível geral de direitos sociais seria reduzido, até o limite porventura fixado nas Constituições.

aplicação da teoria da alienação⁶⁹, da doutrina espanhola, em conjunto com a proposta de Rolf Wank⁷⁰. Em comum, a tentativa de estabelecer critérios objetivos para a caracterização da autonomia. Desse modo, a subordinação integrativa seria o resíduo da intersecção da subordinação objetiva com a autonomia, esta objetivamente configurada. Conforme as palavras de Lorena Vasconcelos Porto:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade. (PORTO, 2009, p. 253).

Tendo sido encampada pela própria OIT⁷¹, a perspectiva de universalização do conceito de subordinação jurídica, configurada a partir do princípio da primazia da realidade, perpetua a garantia de que o Direito do Trabalho se afirma em sua ontologia, sustentando-se nas suas bases principiológicas, obrigando ao deslocamento do discurso de sua pequenez para o âmbito da subsunção normativa à realidade fática. Nesse ponto, instala-se convenientemente uma dificuldade de se configurar a subordinação, como a contraface do poder empregatício, de maneira a fazer crer que a matriz clássica, forjada na supremacia do capitalismo industrial, fosse a única possível de ser empunhada. É dessa dificuldade que brotam as iniciativas criativas-criacionistas, das quais exsurtem figuras como a parassubordinação, que vem sendo momentaneamente ignorada pelo ordenamento juslaborista brasileiro, menos como resultado de um discurso escolástico de que o mundo do trabalho no Brasil, dada sua diversidade e heterogeneidade, justifica a manutenção de um modelo criticado pelo seu arcaísmo, do que como

⁶⁹ Conforme a teoria da alienação, configura-se a “prestação por conta alheia quando os serviços são prestados pelo trabalhador a outra pessoa, o empregador, que adquire, por meio do contrato, tanto o direito ao trabalho prestado, quanto a titularidade originária sobre os seus frutos. Em virtude da relação de alienação (*relación de ajenidad*) – que constitui a essência, o marco definidor do contrato de trabalho – uma pessoa distinta daquela que trabalha pode adquirir, de modo originário, a propriedade dos frutos da sua prestação. Estes pertencem ao empregador não como consequência de um suposto direito de propriedade sobre os fatores produtivos, mas em razão do contrato de trabalho e da cessão antecipada e remunerada que constitui a sua essência” (PORTO, 2009, p. 236). Conforme Luisa Galantino: “o trabalho subordinado se distingue pelo caráter imediatamente alheio do resultado do trabalho, que pertence a outros no exato momento em que ele vem a existir” (GALANTINO *apud* PORTO, 2006, p.19).

⁷⁰ O Prof. Rolf Wank propõe a diferenciação da subordinação e da autonomia por critérios negativos. A subordinação seria uma figura residual, após a configuração objetiva da autonomia, segundo o conceito de liberdade empresarial plena (exercício da livre iniciativa, assunção nos riscos e a titularidade dos ganhos porventura auferidos).

⁷¹ Cf. Recomendação nº 198, de 2006.

fruto do exercício do *jus resistantiae* coletivo pelos trabalhadores em ação, substanciado nessa busca transgeracional pelo trabalho digno. O Direito do Trabalho é criação dos trabalhadores, e ele sobrevive enquanto forem vivas as reminiscências dessa busca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breves linhas, pode-se sintetizar o conteúdo deste ensaio, *a priori*, fixando seus objetivos. Nesse sentido, a ideia foi a de tomar o texto do insigne jurista francês Antoine Jeammaud “A Questão do Futuro do Direito do Trabalho: visão da Europa”, pontuando-o em momentos específicos, a fim de estabelecer um diálogo com o autor, a partir do permissionário que ele mesmo nos concede, quando desconfia do interesse brasileiro acerca da perspectiva européia sobre o futuro do Direito do Trabalho.

Tentou-se dar um tratamento jurídico-dogmático aos tópicos que circundam todo o debate acerca da autonomia do Direito do Trabalho, e da irrealização da promessa de uma cidadania centrada no trabalho, à conta de uma pequenez atávica atribuída a essa disciplina jurídica. Igualmente da cooptação genética ou incidental do Direito do Trabalho, de molde a ser posta em dúvida sua pretensão à universalidade, e sua autenticidade, quanto ao propósito de proteger o trabalhador.

A conclusão a que se chega é que o Direito do Trabalho é um direito vivificado⁷², reinventado diariamente através de uma infinidade de pactos individuais, materializados intersubjetivamente, tendo como regra a “extralegalidade”⁷³, no interior das relações de trabalho, haja vista que, como salientou Orlando Gomes (2002), a relação de emprego é, antes de mais nada, uma relação pessoal. A flexibilização já existe, inclusive no Brasil, com possibilidades muito além das imaginadas pelo legislador estatal, bastando que o vigor criativo das representações classistas mitiguem o rigor frequentemente preciosista da norma positivada.

A crise do Direito do Trabalho é, afinal, uma crise do paradigma clássico da subordinação jurídica. Uma possibilidade que se sustenta, portanto, é a ampliação deste conceito,

⁷² Uma pequena licença antinômica com o “Direito Vivo”, proposto por Eugen Ehrlich.

⁷³ Categoria proposta por José Serson (1994) para definir acordos individuais que, estando à margem da lei (*praeter legem*), não são prejudiciais a quaisquer das partes, nem conspurcam preceitos normativos cogentes, sendo representativos do exercício da legítima autonomia da vontade.

tendo na “subordinação integrativa”, proposta por Lorena Vasconcelos Porto, uma possibilidade promissora.

O discurso neoliberal que sustenta propostas como a erradicação do Direito do Trabalho, ou sua reinvenção *low profile*, traz à lembrança um trecho da entrevista de Arnaldo Süssekind à TV Justiça, ainda na década de noventa, quando por aqui espoucavam grandes defesas escritas e orais da flexibilização dos direitos dos trabalhadores: “pior que uma mentira é uma meia verdade”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Elizabeth. O Direito do Trabalho na União Européia. *In*: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do Direito do Trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

AGUILLAR, Hector Orestes. **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**. México, DF: FCE, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. **O Paradigma Procedural do Direito**: traduções da Teoria para o Direito do Trabalho e Jurisprudência Trabalhista. São Paulo: LTr, 2006.

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2009.

BELTRAN, Ari Possidônio. **Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho**: Globalização e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 1998.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Princípios da Negociação Coletiva** – Relações Coletivas de Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo. LTr: 1989.

BOITO JÚNIOR, Armando. Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil. *In*: ARAUJO, Ângela Maria Carneiro (Org.); BOITO JÚNIOR *et al.* **Do Corporativismo ao Neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. MORAES, Guilherme Peña (Org.). 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho Histórica**. SÜSSEKIND, Arnaldo L.; SANTOS, Aloysio (Org.). Rio de Janeiro: SENAI, SESI, 1993.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito, Globalização e Humanidade: O Jurídico Reduzido ao Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo, LTr, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Ed. Rev. Amp. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de Emprego**. Guanabara: Trabalhistas, 1965.

COSTA, Armando Casimiro, ; FERRARI, Irany, ; MARTINS, Melchíades Rodrigues,. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Consolidação das leis do trabalho /**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN: 9788536112770.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª Ed. São Paulo. LTr: 2007.

FARIA, José Eduardo. **Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. Entre “Fatos” e “Provas”: a Produção Judiciária da Verdade. *In*: MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). **Epistemologia & Metodologia do Direito**. Campinas: Millennium, 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson; PINTO, José A. R. (Atual.). **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Volume 1

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Volume II

JEAMMAUD, Antoine. A Questão do Futuro do Direito do Trabalho. Visão da Europa. *In*: JEAMMAUD, Antoine; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, Cidadania & Magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. Introdução. *In*: KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGANO, Otávio Bueno. **Política do Trabalho**. Vol. IV. São Paulo: LTr, 2001.

MANNRICH, Nelson. **Inspeção do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. **Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Rio de Janeiro. FGV: 1993.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **Modificações do Contrato de Trabalho e sua Reestruturação Dogmática**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho: Uma Releitura Necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

RACCIATTI, Octavio Carlos. Tratado Internacional como Fonte do Direito do Trabalho. *In*: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). **Sobre as Fontes do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

RODRIGUES, Cândido Moreira. Apontamentos sobre o Pensamento de Carl Schmitt: um Intelectual Nazista. **SAECULUM - Revista de História** [12]; João Pessoa, jan./jun. 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. Atual. São Paulo: LTr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio de Proteção em Xequê e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **CLT Comentada 2011**. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SERSON, José. **Curso de Rotinas Trabalhistas**. 36. ed. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 1995.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. **Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2008.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Apresentação. *In*: ANDRADE, André (Org.). **A Constituição como locus da Hermenêutica Jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUPIOT, Alain *et al.* **Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa.** Coimbra: Coimbra, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** Rio de Janeiro. Renovar: 2001.

_____, *et Al.* **Instituições de Direito do Trabalho.** 22^a ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. Vol. I. São Paulo: LTr, 2005.

_____, *et Al.* **Instituições de Direito do Trabalho.** 22^a ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. Vol. II. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Direito Internacional do Trabalho.** 3^a Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, José Ribas. Direito e Crise do Ensino Jurídico. *In*: MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). **Epistemologia & metodologia do Direito.** Campinas: Millennium, 2011.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Brasília: Ed. UnB, 2009. Volume II

WIEGERINCK, Jan. **Trabalho temporário na prática.** São Paulo: Makron Books, 1999.