



Universidade Católica do Salvador
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania

DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL

**REFORMA TRABALHISTA: A CONSTRUÇÃO E
DESCONSTRUÇÃO DAS PECULIARIDADES DO DIREITO DO
TRABALHO**

Salvador/BA

2018

DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL

**REFORMA TRABALHISTA: A CONSTRUÇÃO E
DESCONSTRUÇÃO DAS PECULIARIDADES DO DIREITO DO
TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador – UCSAL na linha de Pesquisa Estado, Desenvolvimento e Desigualdades Sociais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ângela Maria Carvalho Borges

Salvador/BA
2018

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

B949 Budel, Diego Gabriel Oliveira
Reforma trabalhista: a construção e desconstrução das
peculiaridades do direito do trabalho – Bahia/ Diego Gabriel Oliveira
Budel. – Salvador, 2018.
176f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais
e Cidadania.

Orientação: Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges

1. Reforma Trabalhista. 2. Peculiaridades do Direito do Trabalho
3. Princípios do Direito do Trabalho 4. Limites da Reforma
Trabalhista I. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de
Pesquisa e Pós-Graduação II. Borges, Ângela Maria Carvalho –
Orientadora III. Título.

CDU 349.22(813.8)

TERMO DE APROVAÇÃO

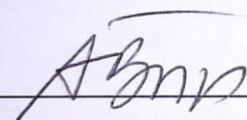
DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL

“REFORMA TRABALHISTA: A CONSTRUÇÃO E DESCONSTRUÇÃO DAS PECULIARIDADES DO DIREITO DO TRABALHO”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em
Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 26 de novembro de 2018.

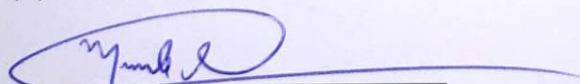
Banca Examinadora:



Prof.(a) Dr.(a) . Ângela Maria Carvalho Borges - UCSAL (orientadora)



Prof.(a) Dr.(a) André Alves Portella - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Murilo Carvalho Sampaio Oliveira - UFBA

A minha família, mas também
a todos aqueles que valorizam o conhecimento
e as obras feitas com amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges, professora e orientadora deste trabalho, que acreditou na possibilidade de sua realização e no meu empenho mesmo em meio a tantas obrigações e adversidades da vida viabilizando a dedicação de corpo que permitiu a elaboração de um relatório de pesquisa com o cuidado e o esforço que uma pesquisa científica séria exige.

Aos professores do Mestrado Dirley da Cunha Jr., Inaiá Carvalho, Antônio Adonias e Carlos Zamora, pelas colaborações valiosas em suas aulas.

Aos Professores Doutores Murilo Carvalho Sampaio Oliveira e André Alves Portella, que ao participarem da banca examinadora, considerando suas observações desde a qualificação, muito contribuíram para a melhoria do presente estudo.

Ao Governo do Estado da Bahia que por meio da Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado da Bahia - FAPESB, me concedeu bolsa de estudos, a qual sem sombra de dúvida permitiu que eu conseguisse cursar o mestrado, especialmente em tempos de crise econômica, mas não somente isso, pois permitiu o aprimoramento da qualidade da pesquisa pela possibilidade de uma maior dedicação de tempo aos estudos, à pesquisa e à elaboração da presente dissertação.

Aos meus colegas de mestrado, especialmente a Milton Vasconcellos, que são uma parte mais que especial nesse caminho de ingresso na academia compartilhando êxitos, momentos de reflexão científica e até mesmo momentos de angústia.

A minha família, em especial minha esposa Priscila Budel e meus pais Airton Budel e Consuelo Budel pela paciência e cessão do tempo de convívio familiar sem o qual a presente pesquisa não teria sido possível.

Enfim, a todas as pessoas que contribuíram intelectual e afetivamente para o processo de construção deste trabalho.

RESUMO

A Reforma Trabalhista de 2017 gerou dezenas de modificações na legislação trabalhista brasileira e mesmo diante de toda sua abrangência, muitas modificações pontuais deram ensejo a diferentes opiniões na doutrina acerca dos seus efeitos. Diante de uma alteração de tamanha extensão e intensidade, buscou-se na presente pesquisa analisar numa perspectiva interdisciplinar, porém sem descurar da técnica jurídica aprofundada, desde a importância do Direito do Trabalho e a necessidade de sua constante reafirmação, até a sistematização das peculiaridades do Direito do Trabalho a fim de aferir se a Reforma Trabalhista de 2017 foi juridicamente capaz de desconstruir tais peculiaridades a ponto de transfigurar o ramo jurídico trabalhista. Para tal aferição, se fez imprescindível aprofundar nos pontos de maior repercussão na vida laborativa do trabalhador brasileiro no âmbito do direito material do trabalho, porém sem a pretensão de esgotar os pontos mais relevantes e presentes em razão da grande extensão da reforma e da natureza da pesquisa, que está limitada temporalmente pelas regras pertinentes ao curso de Mestrado. Apesar de aprofundar nos temas jurídicos mais presentes no dia-a-dia do trabalhador brasileiro, prezou-se desde o início por uma abordagem interdisciplinar, destacando a todo momento uma perspectiva crítica que transcende os limites da dogmática jurídica, e mesmo quando o foco exigiu maior incursão na área de conhecimento característica da ciência jurídica, não se perdeu de vista o fenômeno maior no qual a Reforma trabalhista se insere, qual seja, o jogo de forças político-social. Diante dos instrumentos criados pela reforma trabalhista, se ergueram barreiras de diversas origens no plano jurídico, incluindo os métodos de interpretação da hermenêutica jurídica, os princípios interpretativos constitucionais, a função interpretativa dos princípios e o controle de convencionalidade, que tem como parâmetro de aferição da validade das normas do direito interno, os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário e que estejam produzindo seus efeitos regularmente no plano jurídico interno. Considerando todas essas barreiras, e que para a técnica jurídica mais apurada a reforma não inaugura uma nova ordem jurídica, nem um novo código, apesar das dificuldades encontradas no plano da aplicação do direito no dia-a-dia diante do jogo de forças político-social que lhe é subjacente, adotou-se uma postura de afirmação do dever-ser apontando o caminho adequado e as limitações a que a Reforma Trabalhista de 2017 está sujeita, pois sua aplicação de maneira técnica, não pode desconsiderar o sistema em que ela se insere. Destarte, não se deverá fechar os olhos para a disputa de narrativa existente, vez que essa própria disputa de narrativa impõe a assertividade do modo como se propôs nessa pesquisa a limitação das normas da Reforma Trabalhista nos termos das barreiras apresentadas.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Peculiaridades do Direito do Trabalho. Barreiras à Reforma. Limites da Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The Labor Reform of 2017 has generated dozens of changes in Brazilian labor legislation, and even in the face of all its scope, many punctual changes have given rise to different opinions in the doctrine about its effects. In the face of a change of such extension and intensity, the present research sought to analyze in an interdisciplinary perspective, but without neglecting the deep juridical technique, from the importance of Labor Law and the necessity of its constant reaffirmation, until the systematization of the peculiarities of the Labor Law in order to assess whether the Labor Reform of 2017 was legally capable of deconstructing such peculiarities to the point of transforming the labor legal branch. In order to measure this, it was essential to deepen the points of greatest repercussion in the labor life of the Brazilian worker in the scope of labor law, but without the pretension of exhausting the most relevant and present points due to the great extension of the reform and the nature of the research, which is temporarily limited by the rules pertaining to the Master course. In spite of deepening the juridical themes more present in the day-

to-day of the Brazilian worker, an interdisciplinary approach was emphasized from the beginning, highlighting at all times a critical perspective that transcends the limits of legal dogmatics, and even when the focus demanded the greatest incursion in the area of knowledge characteristic of legal science, we have not lost sight of the major phenomenon in which the Labor Reform is inserted, that is, the political-social game of forces. Before the instruments created by the labor reform, barriers of diverse legal origins were erected, including the methods of interpretation of juridical hermeneutics, constitutional interpretative principles, the interpretative function of the principles and the control of conventionality, which has as a benchmark of the validity of the norms of domestic law, the international treaties to which Brazil is a signatory, and which are producing their effects regularly in the internal juridical plane. Considering all these barriers, and that for the most accurate legal technique, reform does not inaugurate a new legal order or a new code, despite the difficulties encountered in day-to-day law enforcement in the face of the political- a position of affirmation of the duty to be pointed out the proper path and limitations to which the Labor Reform of 2017 is subject, since its application in a technical way, can not disregard the system in which it is inserts. Thus, one should not turn a blind eye to the existing narrative dispute, since this narrative dispute imposes the assertiveness of the way in which this research was proposed to limit the norms of the Labor Reform in terms of the barriers presented.

Key-words: Labor Reform. Labor Law. Peculiarities of Labor Law. Barriers to Reform. Limits of Labor Reform.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTN	Código Tributário Nacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
ETT	Empresa de Trabalho Temporário
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FMI	Fundo Monetário Internacional
IPE	Indicador de Proteção ao Emprego
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
PT	Partido dos Trabalhadores
RE	Recurso Extraordinário
<i>v. g.</i>	<i>Verbi Gratia</i>
CC	Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TCF	Tribunal Constitucional Federal (Alemão)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Introdução ao trabalho de pesquisa	16
2 METODOLOGIA	24
3 ASPECTOS HISTÓRICOS, TEÓRICOS E TELEOLÓGICOS DO DIREITO DO TRABALHO	28
3.1. O trabalho e o trabalho no capitalismo	29
3.1.1.O trabalho humano	30
3.1.2 O trabalho no capitalismo	32
3.1.3 Crise, retrocesso e suas justificativas	41
3.1.4 Os reflexos do capitalismo no mundo do trabalho: a questão social.	48
3.2. O direito do trabalho	57
3.2.1 Aspectos predominantemente históricos	58
3.2.2 Aspectos predominantemente teleológicos	71
3.2.3 Características do direito civil e do direito do trabalho	77
4 ARGUMENTOS, INTERPRETAÇÃO E DEFESA EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA	84
4.1 Compreensão e interpretação da reforma trabalhista	86
4.2 Limitações ou barreiras aos efeitos da reforma trabalhista	94
4.2.1 Contrato de trabalho intermitente	96
4.2.2 Terceirização irrestrita	103
4.2.3 O teletrabalhador	112
4.2.4 Empregados hiperssuficientes	116
4.2.5 Trabalho em regime de tempo parcial	124
4.3 Princiologia e hermenêutica jurídica como barreiras	127
4.3.1 A supremacia da constituição	129
4.3.2 A hermenêutica no âmbito trabalhista	132
4.3.3 O controle de convencionalidade	136
5 A DESCONSTRUÇÃO DAS PECULIARIDADES DO DIREITO DO TRABALHO	146
5.1 Proposta de peculiaridades do direito do trabalho	150

5.1.1 Peculiaridades intrínsecas.....	151
5.1.2 Peculiaridades instrumentais.....	153
5.1.3 Peculiaridades finalísticas.....	154
5.2 A permanência das peculiaridades	160
6 CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS	165
ANEXO	172

1 INTRODUÇÃO

“Uma codificação não pode ser expressão absoluta de um sistema, vitória exclusiva de uma escola. Toda obra de legislação em grande escala há de ser obra de transação. Do ponto de vista de cada teoria extrema, tudo o que por ela se não moldar servilmente, incorrerá nas suas invectivas. Radical, o Código seria monstruoso entre os reacionários. Reacionários, passaria por monstruoso entre os radicais. E não podendo ser, a um só tempo, reacionário e radical, será necessariamente monstruoso aos olhos dos radicais e dos reacionários. Destes escolhos, não há fugir.” (RUI BARBOSA, Apud GOMES, Orlando, 1965, p. VII).

A Reforma Trabalhista de 2017 consiste numa ampla modificação de textos normativos infraconstitucionais que mudou vários institutos jurídicos do Direito do trabalho, modificando os requisitos legais para acessar determinados direitos, extinguiu outros direitos (como as horas *in itinere*) e criou novas espécies de contratação que facultam diversas possibilidades de conformação dos contratos de trabalho empregatícios, possibilidades estas que antes da reforma não eram permitidas pela Lei.

Em outras palavras, a Reforma Trabalhista foi implementada por Leis Ordinárias, quais sejam, a Lei 13.429/2017 e a Lei 13.467/2017. A primeira tratando sobre o tema da Terceirização e a segunda alterando mais de uma centena de previsões normativas que estavam na CLT, na Lei 6.019/74 (que tratava sobre a empresa de trabalho temporário, e agora trata de Terceirização em geral), na Lei 8.036/90 (Lei do FGTS) e Lei 8.212/91 (que trata do sistema de Custeio da Previdência Social).

Esta pesquisa abordará a Reforma Trabalhista como um fenômeno que comporta diversas dimensões, pois embora seja principalmente jurídica, há por trás das mudanças legislativas um jogo de forças políticas, recomendando uma abordagem interdisciplinar. Esse jogo de forças políticas envolve desde os interesses de grandes grupos empresariais com poder econômico e político-social para exercer lobby fomentador dessas alterações, até influências ideológicas e aspectos econômicos que criam a oportunidade ou a ilusão de necessidade de determinadas mudanças. Sendo que esse fenômeno complexo não é algo exclusivo do contexto brasileiro.

Como consequência de um movimento reformista de cunho ideológico, que se impõe em âmbito mundial, fomentado pelo Banco Mundial, FMI, grandes capitalistas influentes, bem como por países que possuem considerável influência política internacional, iniciou-se uma série de reformas na legislação trabalhista ao redor do globo, resultando na redução de direitos trabalhistas em mais de 110 países de 2008 a 2014 segundo dados da OIT.

Antes mesmo da crise financeira mundial – que alcançou abrangência global por volta de 2008, embora iniciada em 2007 com a problemática gerada no sistema financeiro americano em

decorrência da chamada Crise das Hipotecas Subprime –, formou-se uma onda de flexibilização de direitos trabalhistas, como se nota no caso da Espanha, que desde a década de 80 vem flexibilizando normas trabalhistas (assim como fizeram a Grécia, México e outros), sendo a reforma mais recente a ocorrida em 2012. Sob a justificativa de que a crise financeira afetaria o Brasil com maior intensidade, vez que supostamente tinha um custo de mão de obra elevado e, conseqüentemente, precisava reduzi-lo para assim atrair investimentos privados do estrangeiro, a tendência flexibilizatória se agudizou, embora ela sempre tenha estado presente com menor força ao menos desde o advento da nova ordem constitucional de 1988.

Salta aos olhos a conjuntura política em que essa força flexibilizatória ganhou contornos de robustez e aparente inexorabilidade. Desde 2015, a crise política instaurada após a reeleição da presidente filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT) passou a ter reflexos institucionais graves. A partir desse contexto, operou-se uma manobra política, que levou ao impeachment da então Presidente da República em 2016, mediante a utilização de uma mudança de entendimento do Congresso Nacional no sentido de caracterizar como crime de responsabilidade as chamadas “pedaladas fiscais”, que no período histórico recente vinham sendo admitidas e não criminalizadas pelo Congresso.

Numa análise política, pode-se dizer que o congresso valeu-se dos instrumentos constitucionalmente disponíveis para, usando-os fora de contexto, trocar o comando do poder executivo num viés parlamentarista, embora vinculado a uma constituição cujo regime político é presidencialista.

Diante do impedimento político da então presidente, seu vice assumiu, e adotou como meta e pauta principal a elaboração e promulgação de reformas legais, especialmente o ajuste fiscal, a reforma trabalhista e a previdenciária. Entretanto somente as duas primeiras reformas foram totalmente elaboradas e promulgadas, resultando principalmente na PEC 241 depois EC 95 e nas Leis 13.415, 13.429 e 13.467 todas de 2017.

Foram muitas as alterações introduzidas na legislação trabalhista brasileira, ultrapassando o número de 100 artigos alterados nas mais diversas leis, principalmente a CLT e a Lei 6.019/74, que trata de trabalho temporário. Porém, o tempo de tramitação da Reforma foi extremamente rápido. Sendo que o projeto de lei apresentado em 12 de abril de 2017 (à época de número PL 6787) passou pela Câmara dos Deputados em menos de um mês, mesmo sendo objeto de 850 emendas, e foi enviado ao Senado Federal, onde foi aprovado sem qualquer alteração.

Há que se ressaltar que as alterações da reforma foram polêmicas e isso implica na necessidade de tempo para maturação e conformação do texto ao resultado racionalmente obtido

pelos debates jurídicos. Nesse ponto, lembrando que a reforma trabalhista não é um código ou uma codificação (embora seja uma lei extensa que altera mais de uma centena de disposições legais sobre temática complexa, relevante e controversa), em razão das discussões que ensejou, mister citar os apontamentos de Mário Delgado no seguinte sentido:

Daí a maior facilidade de se codificar em épocas de regimes autoritários ou totalitários, cujas características facilitam bastante ‘o procedimento de elaboração, e consequente adoção, de um novo código. O processo decisório é sensivelmente mais rápido e leva-se muito menos em consideração outras esferas do poder, bem como os setores influentes da opinião pública. O processo de (re)codificação torna-se, portanto, essencialmente técnico, ficando a discussão política, que é inerente a um processo tão importante, relegada a um plano secundário, ou mesmo completamente abafada (DELGADO, 2011 p. 65-66).

Esse significativo viés de austeridade na atuação política e de modificação ampla no ramo do direito trabalhista, entretanto, não foi colocado como proposta submetida à apreciação popular direta. Nem mesmo apresentada como pauta de nenhum governo eleito nas últimas décadas ou sequer discutido pelos presidentiáveis como projeto de governo em pleito eleitoral. Sob o epíteto de remédio amargo, foi empurrado goela abaixo da população. Não houve consulta à comunidade jurídica nem à Justiça do Trabalho (esta incumbida de aplicar tal reforma), nem aos representantes dos trabalhadores.

Os debates travados foram meramente formais, diz-se isso pelo fato de que nenhum debate, argumento, ou contestação foi capaz de ensejar alterações no projeto de lei. O que se exemplifica com admissão pela Lei 13.467/2017 da possibilidade de mulheres grávidas trabalharem em atividade insalubre de grau médio ou mínimo caso não apresentem atestado médico em sentido contrário (Art. 394-A da CLT).

É imprescindível estabelecer quais os limites das normas promulgadas e perscrutar a melhor interpretação delas em um contexto pós-positivista no qual se destacam o neoconstitucionalismo e as técnicas de interpretação constitucional mediante um fenômeno de constitucionalização do direito. Desse modo, cabe ao intérprete, ao extrair o conteúdo normativo do enunciado, ter em vista que as normas infralegais retiram seu fundamento de validade da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais devendo observar e ser interpretadas nos termos dessas normas superiores.

A presente pesquisa tem como tema, portanto, a Reforma Trabalhista de 2017, que será abordada como uma tentativa de desconstruir o direito do trabalho nos moldes em que é conhecido pelos juristas e pela sociedade, desconsiderando sua evolução histórica, aspectos teleológicos e os próprios limites do legislador diante de sua vinculação à Constituição, e acima

de tudo, os limites da própria atividade legislativa diante da evolução do direito e da pluralidade de fontes do Direito.

Trata-se de um tema interdisciplinar extremamente relevante do ponto de vista jurídico, social, político e econômico, podendo afetar tanto a construção do saber jurídico como a ordem social brasileira, com repercussão em ambos a curto, médio e longo prazo. Não é à toa que reformas desse tipo, que impõem prejuízos à classe trabalhadora (como visto implementadas em inúmeros países), vêm recebendo atenção no mundo inteiro, sendo uma tendência em razão das exigências das forças econômicas ao redor do mundo e um dissenso entre juristas, políticos e mesmo economistas.

A nova regulamentação incentiva a exploração desmedida, a proliferação de contratação intermediada e terceirizada mediante a ampla permissão e facilitação de transações nesse sentido entre as empresas de produção e empresas de prestação de serviços (que são respectivamente as empresas contratantes e as empresas contratadas previstas na lei de terceirização), além disso, incentiva a desproteção do trabalhador e a atribuição da responsabilidade pelo pagamento da remuneração do trabalhador que presta serviços a seu favor a uma terceira pessoa, por vezes sem saúde financeira para responsabilizar-se, a terceirizada.

Além da alteração do nível de proteção jurídica conferida ao trabalhador de modo a prejudicá-lo, dificultou-se igualmente o acesso à justiça mediante inibições que reprimem a conduta postulatória de direitos, pois colocou-se o trabalhador numa situação de dependência da álea que pode ser cumprir seu ônus probatório processual, sob pena de ser penalizado por não conseguir provar seus direitos ou por não compreender os direitos que possui (especialmente considerando a existência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho).

Outro ponto de extrema relevância é perceber as especificidades das mudanças implementadas, observando quais os seus efeitos positivos, se é que existem, e os efeitos negativos para os trabalhadores, em especial no fortalecimento do fenômeno da precarização do trabalho. Igual atenção merece o fato de que tais normas possuem implicações sobre todos os trabalhadores, inclusive os desempregados, que podem ter seus direitos fundamentais indiretamente afetados pela mudança de racionalidade na contratação do trabalho assalariado.

Dessa forma, faz-se necessário um aprofundamento no estudo do tema proposto de maneira interdisciplinar, que visa a averiguar se tal diploma normativo está em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional, com o modelo político adotado pelo Brasil, com o neoconstitucionalismo prevalecente e principalmente com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e se passará de maneira inalterada pelas barreiras ou filtros que o

ordenamento jurídico possui. Verificando-se, assim, a correta forma de incidência desses direitos no mercado de trabalho do ponto de vista do Direito do Trabalho e do ponto de vista da sociologia do trabalho.

Diante de uma reforma legislativa executada por um governo substituto, mediante a implementação de uma pauta sem legitimidade popular que trata os direitos trabalhistas (e os direitos humanos, portanto) como instrumento de política econômica e de realização de um dirigismo contratual, inúmeras poderiam ser as abordagens jurídicas e interdisciplinares passíveis de estudo acerca desse fenômeno político-social e jurídico, o que impõe o recorte do objeto de maneira cirúrgica para viabilizar uma pesquisa clara e direta.

Diante disso, resta claro que será preciso escolher algumas modificações legislativas emblemáticas da Reforma trabalhista e analisa-las à luz de um critério identificável, qual seja, aqueles institutos jurídicos mais presentes no dia-a-dia da classe trabalhadora e do mercado de trabalho brasileiro.

Nessa toada, serão abordadas com especial atenção as alterações que possuem relação com o caráter humano envolvido da relação jurídica trabalhista e com a hipossuficiência, que são inerentes à relação empregatícia, tais como: 1) a prevalência da autonomia individual (empregados hipersuficientes), 2) a previsão de contratação de trabalho intermitente, 3) a precarização decorrente da terceirização irrestrita, e 4) a correlação desses temas com o caráter humano que é indissociável do contrato de trabalho.

Diante desse recorte, algumas perspectivas também precisam ser escolhidas, e nesse ponto, ganha relevância a doutrina que estuda a ciência da hermenêutica jurídica, considerando a teleologia e a historicidade do Direito do Trabalho ao compreender Direito enquanto ciência e a Doutrina jurídica, como pautados na hermenêutica em sua tarefa eminentemente técnica de aferição da medida em que o legislativo pode (ou conseguiu) alterar o patamar de direitos dos cidadãos trabalhadores e de se a hermenêutica constitui instrumento apto a diminuir os impactos negativos desse retrocesso nos direitos sociais trabalhistas.

A reforma ocorre num contexto de fragilidade do País e apresenta-se como uma panaceia para a crise econômica mundial marcada pela recessão que ainda afeta o Brasil. Nesse contexto procedeu-se à promulgação da chamada Lei de terceirização (13.429/2017) que alterou a já conhecida Lei 6.019/74 (Lei de trabalho temporário) para fazer num único aglomerado de enunciados uma sistematização da intermediação de mão de obra, mediante a admissão de contratos temporários e da terceirização contratável por tempo indeterminado.

Toda essa linha de ação, visando à desconstrução das peculiaridades do Direito do Trabalho (embora possa-se cogitar que isso não seja juridicamente admissível nem possível), foi implementada por meio de alterações legislativas que não são acompanhadas de alterações equivalentes no corpo social do país de modo que resta nítida a tentativa de aproximar de maneira artificial o Direito do Trabalho do Direito Civil, aproximação esta que será também objeto de análise.

1.1 Introdução ao trabalho de pesquisa

A Reforma Trabalhista de 2017 – abrangendo as leis 13.415/2017¹ e 13.429/2017, 13.467/2017 – será objeto de análise a partir de uma perspectiva crítica calcada no estado da arte do Direito do Trabalho, da Sociologia do Trabalho, da Economia Política e eventualmente da Economia do Trabalho e da Filosofia, garantindo a interdisciplinaridade no âmbito das ciências humanas, ciências sociais e ciências sociais aplicadas.

O recorte do objeto exige uma abordagem mais horizontal dos diversos temas que estão sendo alterados legislativamente pela aludida reforma, dando-se, como dito, preferência na abordagem das normas mais impactantes na vida laboral do trabalhador, quais sejam: as que disciplinam empregados tidos por hiperssuficientes (capazes de renunciar direitos historicamente irrenunciáveis), terceirização e as que disciplinam diferentes espécies de contrato de trabalho (trabalho intermitente, teletrabalho e trabalho em regime de tempo parcial).

Desse modo, partindo de um estudo interdisciplinar que compreende o Direito a partir de uma teoria pluralista das fontes, ou seja, como sendo toda a construção jurídica que regula as relações sociais, inclusive as oriundas de fontes não estatais e de estatais não legislativas (ex: Judiciário) pretende-se demonstrar que, por vezes, para o direito, não importa a vontade do legislador, mas a vontade da lei, que com aquela não se confunde, pois, como destaca Dworkin (2005, p. 19-20), essa suposta vontade do legislador não pode sequer ser aferida com um grau minimamente aceitável de certeza, opinião adotada por parte da doutrina brasileira, a exemplo de Ramiro (2012, p. 303).

Assim, a eventual intenção do legislador de prejudicar o trabalhador, frustra-se em grande medida pelos filtros do sistema jurídico. Porém, aquilo que não for contornado pelo ordenamento, e que se impõe pela própria natureza da atividade legislativa e seus potenciais deve

¹ As alterações decorrentes da Lei 13.415/2017 não serão objeto da presente pesquisa em razão dos limites temporais para a conclusão da pesquisa e da inconveniência que seria deixar a pesquisa demasiadamente longa e cansativa para o leitor.

ser descrito, inclusive em suas consequências, deixando claro nesse ponto estar o autor ciente da criação de dumping social (v.g. mediante a permissão da terceirização em cadeia implementada por uma cascada de contratos interempresariais) que será conceituado mas não aprofundado por extrapolar os limites da presente pesquisa.

As primeiras denúncias de dumping social partiram de Estados denominados desenvolvidos contra aqueles em desenvolvimento, sendo que tal preocupação se deu, infelizmente, não em favor dos trabalhadores, mas sim em razão da perda da competitividade dos primeiros em detrimento dos segundos. O desrespeito aos direitos dos trabalhadores, gerando exploração de mão de obra barata para a obtenção de menores custos de produção é verificada, normalmente, naqueles países que querem aumentar, a todo custo, os investimentos estrangeiros. Dentre os exemplos do dumping social temos o extrapolamento de duração do trabalho, na prática do trabalho infantil, no trabalho escravo ou análogo à escravidão fazendo com que os produtos gerados nesse sistema sejam bem menores aos valores normais de mercado (VILLATORE, 2006 p. 9).

No decorrer da pesquisa, foi possível aferir quais os limites da Reforma trabalhista e de seu potencial de alteração do sistema jurídico trabalhista. Aferir se a Reforma trabalhista de 2017 tem juridicamente o poder de desconstruir as peculiaridades do direito do trabalho, ou se ela embora vise a esse fim, estará impotente diante dos mecanismos de segurança previstos pelo constituinte de 1988, pela hermenêutica jurídica, pelo controle de convencionalidade e dos mecanismos da mesma natureza construídos pela ciência jurídica (especialmente a trabalhista) durante aproximadamente os últimos 100 anos.

O problema da presente pesquisa insere-se no contexto da mudança nas características do capitalismo. Essas mudanças, que colocaram em grandes dificuldades o Estado de bem-estar social, embora o Estado-nação também seja instrumento dessa metamorfose do capitalismo diante da ofensiva neoliberal.

Porém, mesmo que o neoliberalismo não influenciasse os Estados-Nação, suas possibilidades de resistência às pressões e necessidades do capital nas décadas recentes têm diminuído diante do que Bauman chamou de “capitalismo leve” (um capitalismo que se move de um lugar para o outro do globo, com muito mais facilidade que outrora, realocando o capital, as infraestruturas e a demanda por trabalho de acordo com sua conveniência e em desfavor dos Estados que não atendam aos seus interesses), capitalismo este que além de mais voraz, está menos suscetível às exigências sociais e dos Estados.

A figura característica dessa nova forma de capitalismo é o capital financeiro mais fortalecido, que tem alto potencial deletério. Quanto a este, por ora pode-se enfatizar as fortes críticas de David Harvey (2013, p. 218) a essa modalidade de criação de valor a partir do próprio valor, prescindindo da mão de obra e causando distúrbios no próprio equilíbrio capital-trabalho que passa a pender mais ainda a favor do capital.

Enquanto as relações financeiras, assim como diversas outras, têm como objeto o patrimônio de aspecto predominantemente econômico (bens móveis, automóveis, imóveis, ações mobiliárias, etc.), outras relações jurídicas, como as trabalhistas, têm seu objeto intrinsecamente ligado à vida, existência e subsistência do ser humano e outros bens jurídicos e valores (axiológicos) que não podem ser expressados com exatidão em unidades monetárias.

Tal como as relações de saúde necessitam de uma regulamentação específica, que observa uma ética voltada para sua moralização e equilíbrio, no plano das atividades laborativas essa mesma razão há de ser observada, afinal, o Direito existe para regular as relações entre as pessoas tendo em vista a paz social e a preservação da existência humana.

Esta diferença natural, ou seja, intrínseca às relações de trabalho prestado com pessoalidade (especialmente quando dependente economicamente ou subordinado juridicamente), situação em que um homem coloca seus serviços e indiretamente seu tempo, corpo e existência de modo parcial à disposição de outrem que o remunera (permitindo-lhe suprir com tal remuneração suas necessidades básicas e de sua família) afasta o Direito do Trabalho daquele Direito clássico que regulamenta as relações de cunho predominantemente econômico na sociedade, relações que se dão num plano de igualdade, autonomia e independência entre as partes, que é o Direito Civil.

Como se vê, a construção das diferenças entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho não se deu por capricho do legislador, tampouco por razões político-ideológicas. Autores especializados em Direito do Trabalho de vários países do mundo relatam, como causa da diferenciação entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, o elemento humano e a vulnerabilidade do laborista na relação de trabalho com suas características históricas e fáticas, e conseqüentemente, de como a utilização de mão de obra pelos proprietários dos meios de produção destoa juridicamente das relações entabuladas entre pessoas que se encontram numa situação fática, econômica, ou mesmo jurídica mais equilibrada. Tais relações no plano da igualdade geralmente envolvem objetos desvinculados dos valores mais próximos da personalidade e dignidade humana, ou ao menos objeto de incidência desses valores em menor intensidade do que ocorre na relação trabalhista, como é o caso das relações jurídicas reguladas pelo Código Civil.

É nessa perspectiva que se insere a questão que moveu a presente pesquisa, pois diferenciando esses ramos do Direito e abrindo a análise para uma abordagem interdisciplinar, mister questionar-se: essa reforma trabalhista consegue desconstruir as peculiaridades do Direito do Trabalho sem encontrar resistência?

Para, após uma análise interdisciplinar, verificar as soluções que o Direito oferece, é preciso estudar o equilíbrio das relações jurídicas naturalmente existente no âmbito das relações civis. Lá as partes do negócio jurídico têm seu meio de sobrevivência independente da conduta ou das exigências do outro contratante, e não se fala em dependência econômica ou jurídica. Porém na relação de emprego e em diversas relações de trabalho, o trabalhador sobrevive da força dos seus braços, não possui os meios que lhe garantam a sobrevivência, dependendo esta do contratante que lhe fornece a demanda de trabalho para auferir o dinheiro que garantirá sua subsistência e de sua família.

Sendo comumente esse trabalhador compelido a aceitar as exigências do contratante mais forte, que pode esperar o tempo que for necessário sem estar sujeito às necessidades da vida (trabalhar para alimentar-se, para vestir-se, para preservar sua saúde, etc.). O empregador, a parte naturalmente mais forte, e o empregado, a parte naturalmente mais fraca no âmbito das relações trabalhistas ao se relacionarem, tornam imprescindível uma legislação sensível e tendente ao equilíbrio contratual adequado diante da substancial diferença no trato jurídico dessas relações. Frise-se que isso se dá em razão do volume de bens ou capital que o detentor dos meios de produção possui, criando situação singular que não necessariamente se desfaz quando o empregado recebe um salário vultoso. Por isso Direito do Trabalho e Direito Civil não são intercambiáveis.

O discurso que busca legitimar os interesses do capital, e conseqüentemente essas modificações legislativas têm viés economicista e objetivam convencer com uma lógica meramente aparente (paralogismos) o cidadão desconhecedor das características históricas da exploração de mão de obra a apoiar essas legislações.

Uma legislação pautada nesse discurso mostra-se indiferente para com as necessidades da vida a que estão submetidos aqueles que dependem da força do trabalho de seus braços para sobreviver (ou seja, negando a realidade), fazendo-o acreditar que a diminuição das restrições ou limites à exploração da mão de obra trará empregabilidade e abonaça a todos, empregados e empregadores.

Ao lado dessa propaganda ideológica, há um discurso de abertura de diálogo, sem que seja efetivamente aberto tal diálogo, pois quando se faz referência a tal concerto de objetivos, a prática o desmente no momento da realização de tal “diálogo”, vez que este consistiu apenas no cumprimento de uma mera formalidade ritualística sem qualquer resultado material.

Isso fica claro quando se observa a aprovação da reforma trabalhista na Câmara dos Deputados em menos de um mês, apesar de 580 emendas que em regra fazem qualquer projeto

de lei demorar para ser aprovado, isso seguido da aprovação no Senado Federal sem nenhuma modificação. Em suma, trata-se de “diálogo para inglês ver”.

Há que se ressaltar que as alterações introduzidas pela reforma foram polêmicas e isso implica na necessidade de tempo para maturação e conformação do texto da Reforma à legislação trabalhista conforme o resultado racionalmente obtido pelos debates sociais e jurídicos. Nesse ponto, não se pode perder de vista que a reforma trabalhista não é um código ou uma codificação, mas em razão das discussões que ensejou, mister citar Mário Delgado no seguinte sentido:

Daí a maior facilidade de se codificar em épocas de regimes autoritários ou totalitários, cujas características facilitam bastante ‘o procedimento de elaboração, e consequente adoção, de um novo código. O processo decisório é sensivelmente mais rápido e leva-se muito menos em consideração outras esferas do poder, bem como os setores influentes da opinião pública. O processo de (re)codificação torna-se, portanto, essencialmente técnico, ficando a discussão política, que é inerente a um processo tão importante, relegada a um plano secundário, ou mesmo completamente abafada (DELGADO, 2011 p. 65-66).

É preciso olhar para a evolução do Direito do Trabalho para compreender a razão de suas características e peculiaridades. Relevante demonstrar os caminhos que foram escolhidos na evolução desse ramo do direito, que envolvem conhecimentos de filosofia política, de sociologia do trabalho e de história do trabalho. E que tiveram sua aceitação pressionada por inúmeros movimentos sociais, reprimidos pela força física e pela violência contra aqueles que se opunham à exploração dos negros, dos índios, dos operários, repressão esta que se fez sentir a quem quer que se tenha colocado no caminho do capital e do seu “progresso”.

Mediante interdisciplinaridade e com suporte na evolução histórica foi possível trazer à baila opiniões, inclusive muito anteriores à Reforma Trabalhista, a respeito desse fenômeno de flexibilização e desregulamentação resultante das reformas trabalhistas do século XXI, e nesses moldes foi buscado um caminho que previna que se incorra na repetição dos erros do passado. Esse viés potencializou a visão crítica acerca dessa Reforma Trabalhista implementada em 2017.

Considerando a relevância e imprescindibilidade do Direito do Trabalho e os efeitos negativos implementados pela reforma, bem como aqueles que são derivados dela de modo reflexo, e que são esperados com base no conhecimento acumulado pela experiência concreta dos trabalhadores com suas lutas e com as lutas de suas organizações, e esperados também com fundamento nos ramos das ciências humanas que compõem o eixo temático abordado nessa revisão bibliográfica, buscou-se dentro das questões apresentadas no problema descrito, encontrar meios para minorar as consequências deletérias da reforma trabalhista brasileira de 2017.

A questão de se a Reforma Trabalhista consegue desconstruir as características e peculiaridades do Direito do Trabalho, tornando uma relação naturalmente desigual presumidamente igualitária simplesmente porque a lei a tratou como se assim fosse poderá prevalecer diante da constituição e das barreiras existentes no ordenamento jurídico, embora sofra forte influência das forças políticas que historicamente, foi explorada pelo prisma da ciência jurídica, sem perder de vista os conflitos de interesses subjacentes a esse embate.

Reflexamente também restou respondido eventual questionamento sobre quais são essas tais peculiaridades do Direito do Trabalho, o que certamente merecia e recebeu uma apresentação didática e esquematizada. Mas a priori se pode afirmar que essas peculiaridades decorrem da vinculação do labor expendido ao ato de pôr próprio corpo à disposição de outrem em situação de hipossuficiência, de modo que os elementos caracterizadores da relação de emprego são um bom fio condutor para essa aferição.

Essa peculiaridade juslaboral igualmente serviu numa comparação direta dos contratos trabalhistas aos contratos de natureza civil (e suas respectivas relações), os últimos regidos por normas sem finalidade protetiva de tal peculiaridade, vez que nessa relação jurídica tal característica não está presente, de modo que os contratos trabalhistas precisam de uma incidência mais intensa do princípio da dignidade da pessoa humana, para proteger diversos bens jurídicos que nessas circunstâncias se tornam mais vulneráveis, como *v. g.* a saúde do trabalhador.

Diante das consequências nocivas da Reforma Trabalhista para a Classe Trabalhadora, sabe-se que um paliativo que enseje melhor aplicação da Lei trabalhista pode estar na análise do texto legal de modo interdisciplinar, no desenvolvimento doutrinário do Direito do Trabalho, e na aplicação das normas do ordenamento jurídico vigente mediante a observância da finalidade protetiva do Direito do Trabalho.

Interpretar e aplicar o Direito laboral considerando sua evolução histórica e a sociologia do trabalho, interpretar os dispositivos da reforma conforme a Constituição, ou confrontar esses dispositivos com as normas pertinentes oriundas de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário são soluções que podem se mostrar efetivas. Não à toa, mostraram-se como hipóteses a serem levantadas acerca do tratamento adequado das mazelas oriundas dos aspectos nocivos da Reforma Trabalhista que constitui do objeto dessa pesquisa desde os seus primeiros passos.

Foram, então, averiguadas se verdadeiras ou falsas as seguintes afirmativas:

- A reforma brasileira de 2017 levou à diminuição radical da proteção conferida pelo Estado ao trabalhador que precisa da remuneração decorrente de seu labor para o sustento próprio e de sua família.
- A interpretação da Reforma Trabalhista de acordo com a Constituição, os Princípios do Direito do Trabalho, a Hermenêutica e os Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário, favorecem à proteção da dignidade do ser humano que é indiretamente e necessariamente objeto do contrato de trabalho.
- O ordenamento jurídico, quando observado com as técnicas jurídicas e interpretativas pesquisadas, amenizará seus efeitos prejudiciais ao trabalhador;
- A possibilidade de renúncia a direitos trabalhistas vulnerabiliza também o trabalhador que busca um posto de trabalho, que só conseguirá um emprego se também renunciar;
- A Reforma trabalhista dificulta ou reprime a postulação judicial de Direitos Trabalhistas;

O objetivo dessa pesquisa incluiu demonstrar que a Reforma trabalhista de 2017 é resultado de um movimento de flexibilização e desconstrução do Direito do Trabalho, pautado por finalidades de natureza ideológica neoliberal e arquitetada para, mediante a desconstrução das peculiaridades e características do Direito do Trabalho, tentar garantir maior poder ao capital no mundo contemporâneo, embora este já goze de um poder maior do que o suficiente na sociedade capitalista do século XXI.

Diante dessa demonstração, foi possível apontar as diversas barreiras que se opõem à aludida alteração legislativa e à pretensão incoerente com a gênese e historicidade desse ramo do Direito. Tais barreiras, oriundas da constituição, da interpretação jurídica, dos tratados internacionais, dos princípios e das limitações do poder legislativo em face do ordenamento jurídico posto e acoplado no seio de uma sociedade plural e protegida juridicamente em face dos diversos tipos de poder serão referidos e analisados nas páginas que seguem.

O objetivo geral implicou no atingimento de outros, que decorrem de conclusões que guardam a condição de pressuposto ou consequência desse objetivo geral, quais sejam:

- Descrever a desigualdade entre as partes no âmbito da relação de emprego a partir de uma abordagem histórica e interdisciplinar.
- Analisar a autonomia do Direito do Trabalho, seu fundamento e suas consequências para a relação de emprego.

- Verificar se as normas que disciplinam empregados tidos por hiperssuficiente e as que disciplinam novas espécies de contrato de trabalho descaracterizam as peculiaridades do Direito do Trabalho.

- Identificar os principais elementos de proteção do trabalhador em face da Reforma Trabalhista descrevendo quais são as barreiras que o ordenamento jurídico oferece para mitigar os eventuais efeitos nocivos que dela advenham.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho teve como método de abordagem o qualitativo, já que não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas ou pesquisa empírica, vez que serão utilizados dados secundários e um raciocínio indutivo mediante a análise do que ordinariamente acontece em relação às consequências de mudanças legislativas similares à mudança oriunda da Reforma Trabalhista de 2017.

Procedeu-se mediante interpretação de fenômenos descritos no estado da arte e atribuição de significados. A pesquisa foi exclusivamente bibliográfica, com a utilização de obras especializadas no tema abordado, ou que tenham íntima ligação com a Reforma Trabalhista de 2017, e ainda mediante abordagem interdisciplinar envolvendo ramos do conhecimento como a sociologia do trabalho, a economia do trabalho, a economia política, e especialmente a doutrina justrabalhista, ou seja, do Direito do Trabalho.

Em observância ao objetivo interdisciplinar, além das pesquisas bibliográficas no campo da sociologia, filosofia e economia política, abordou-se a jurisprudência atual sobre a constitucionalidade da terceirização na atividade fim, para elucidar o tema sob o prisma jurídico permitindo o amplo e detalhado conhecimento do tema na prática judicial tendo em vista a recente implementação da reforma trabalhista.

Essa visão interdisciplinar, histórica e gradual, mediante revisão bibliográfica é que permite uma análise holística e abalizada, por ser alicerçada em obras clássicas, de grandes autores não apenas no Direito, mas igualmente da Sociologia, da Economia política e mesmo da História do Trabalho.

Na esteira das lições de Bourdieu (1999), não se pretendeu aqui pregar a realização de uma pesquisa com plena e absoluta neutralidade, mas com a observância de critérios metodológicos e das regras da pesquisa científica, garantindo cientificidade e afastando ao máximo subjetividades. Porém, não se pode deixar de lado que mesmo diante de todo o esforço para respeitar ao máximo as regras da pesquisa científica (esforço este que deve ser feito por todo pesquisador), toda pesquisa reflete algo do pesquisador.

E essa pesquisa, embora caracterizada pela interdisciplinaridade, certamente apresenta características que decorrem da formação predominantemente jurídica de seu autor, sendo que esse conhecimento, mediante a utilização de uma linguagem sensível (e por isso acessível aos não iniciados no meio jurídico) contribuirá grandemente para o desenvolvimento, correlação,

interpretação e eventuais propostas de solução de problemas encontrados na análise dos aspectos relativos ao tema que constitui objeto dessa pesquisa enquanto fenômenos a serem observados.

Quanto aos limites da pesquisa nos aspectos espacial e temporal, este a priori, envolve o Contexto brasileiro no período de 2016-2018, porém, cumpre ressaltar que a pesquisa envolve a consulta a bibliografias que abordam a evolução do trabalho e do Direito do Trabalho no âmbito Mundial (ainda que numa perspectiva mais genérica, ou seja, sem adentrar nas especificidades legislativas de cada país), portando o âmbito espacial envolve uma análise baseada em livros levam em consideração a regulação do trabalho no mundo, isso em razão da pertinência dos aspectos históricos da constituição do Direito do Trabalho para o objeto da pesquisa.

O mesmo ocorre com a contextualização do tema, que leva em consideração a sociedade capitalista e as recentes crises econômicas, que implica uma utilização de referencial teórico que se baseia na evolução do capitalismo a partir da revolução industrial e se baseia nas crises mais recentes, em especial considerando o período de 2008 a 2014 no mundo, que está tão próximo do contexto de implementação das reformas trabalhistas ao redor do mundo que não pode de modo algum ser desconsiderado para fins de fundamentação e contextualização.

De outra banda, a interdisciplinaridade não constitui óbice para a utilização de autores clássicos do campo das ciências jurídicas (especialmente o ramo trabalhista) em razão do elevado prestígio de que gozam na comunidade científica e da qualidade e robustez de seus ensinamentos. Desse modo foram utilizados para abordar a história do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil os estudos de diversos autores consagrados, entre eles, José Augusto Rodrigues Pinto, Rodolfo Pamplona Filho, Amauri Mascaro Nascimento, Jorge Luiz Souto Maior, Luciano Martinez, além dos clássicos não jurídicos de Karl Marx e do sociólogo Adalberto Cardoso.

No campo da evolução do Direito do Trabalho no mundo, foram utilizados Alain Supiot e Hector-Hugo Barbagelata. Ao abordar princípios trabalhistas Américo Plá Rodríguez, e no campo da interpretação jurídica foram utilizados alguns conceitos de Eros Grau, Humberto Ávila e Ricardo Soares, sendo que especificamente na interpretação constitucional foi fonte de pesquisa a doutrina de Dirley da Cunha Jr., bem como lições de Luis Roberto Barroso.

Outros autores tiveram suas obras visitadas de maneira combinada numa análise complexa de natureza jurídico-sociológica relacionando o contexto em que o Direito do Trabalho está inserido com a própria abordagem do ramo jurídico, valendo destacar Konrad Hesse, Antônio Maués, Valério Mazzuoli, David Harvey, Claus Offe, José Murilo de Carvalho, Tiago Santos Sombra, Edilton Meireles, Fábio Rodrigues Gomes, Ingo Wolfgang Sarlet e outros.

Cabe ainda, no que tange à metodologia, descrever o método de abordagem e o método de procedimento adotado na presente pesquisa. Quanto ao método de abordagem, foi muito enriquecedor utilizar mais de um método, fazendo referência nesse momento àquele mais presente na pesquisa, o indutivo, pois buscou-se, em vários momentos partir do particular para o geral, porém sem a pretensão de generalizações extremas como já ultrapassado na pesquisa científica, fazendo, portanto, referência a determinado grau de certeza da veracidade da conclusão diante da variedade de fontes consultadas e de sua credibilidade frente à comunidade acadêmica/científica. Nesse ponto, sempre optou-se por utilizar uma perspectiva crítica, baseada na zetética e, tendente a por a prova as conclusões obtidas, o que faz as vezes do que Popper chama de “tentativa de falseamento”, o que já denota certa influência do método hipotético-dedutivo de Popper.

Ainda tratando do método de abordagem, a pesquisa se pautou pelo método dialético, não só por consultar as lições de Marx, especialmente seus relatos históricos, que são de grande importância científica e incontestável qualidade (nesse ponto, ressalte-se, independentemente da ideologia de quem consulte ou comente a obra, pois os relatos históricos de Marx possuem credibilidade entre Marxistas e não Marxistas);

A abordagem dialética advém da postura zetética² e crítica do pesquisador que, naturalmente, não se contenta com o que está posto e busca a contestação da realidade sob outra perspectiva, bem como advém da interdisciplinaridade da pesquisa, e nesse ponto estamos com Gil ao afirmar que “A dialética leva a uma interpretação dinâmica da realidade: todos os fatos sociais precisam ser entendidos em sua relação com aspectos políticos, econômicos, culturais. Não há fatos isolados e, portanto, não podem ser compreendidos se considerados isoladamente.” (GIL Apud HENRIQUES, 2017, p. 42).

Quanto ao método de procedimento, predomina nessa pesquisa o método comparativo, verificando a contextualização e as diferenças dos fenômenos jurídicos característicos da reforma trabalhista quando comparados com normas e fenômenos jurídicos igualmente contextualizados, seja em outros locais do mundo, atualmente ou no passado (considerando a limitação temporal que se impõe) ou ainda comparando com as regulamentações anteriores no Brasil, evidentemente, considerando seu respectivo contexto político, econômico e social. Porém além do comparativo, a pesquisa sofre certa influência do método histórico pela utilização de livros

² Zetética significa perquirir e dogmática ensinar, doutrinar: enquanto o dogmático desconsidera o ato de opinar, ressaltando apenas algumas opiniões, o zetético ‘desintegra, dissolve opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas’. (FERRAZ JR Apud HENRIQUES, 2017, p. 49)

antigos, que refletem o pensamento de juristas e sociólogos em momentos históricos anteriores, embora não tenha sido adotado na presente pesquisa a consulta direta a documentos históricos, como é característico do método histórico.

No que tange ao quadro teórico e seus fundamentos filosóficos, a presente pesquisa transita pelo materialismo dialético ou materialismo histórico, que se atribui a Marx, porém não se limita a esse quadro teórico, pois inclusive para garantir maior objetividade/cientificidade se vale de autores que adotam outro quadro filosófico, porém sempre partindo de uma visão contemporizadora para compatibilizar o conhecimento angariado sem acarretar contradições. Outra forte influência no que tange ao quadro teórico filosófico abordado nessa pesquisa é a hermenêutica, que possui forte influência no âmbito da ciência jurídica, e tendo em vista a formação do autor e o objeto do estudo, será muito presente nas análises do fenômeno estudado.

Tendo em vista a predominância do método dialético, convém demonstrar ao leitor a importância desse esclarecimento para que seja justificado o movimento em zigue-zague da presente pesquisa. Relevante esclarecer que esse movimento é característico do confronto de ideias e, portanto, do método de abordagem dialético e do método de pesquisa comparativo. Esse movimento em zigue-zague é referido por Silva et al. no ano 197- segundo Henriques, que esclarece que “os textos de movimento em zigue-zague utilizam confrontos e comparação de ideias, fatos ou situações” (2017, p. 140).

3 ASPECTOS HISTÓRICOS, TEÓRICOS E TELEOLÓGICOS DO DIREITO DO TRABALHO

Para que se possa entender a finalidade do Direito do Trabalho, mister abordar os motivos de seu surgimento. Parte-se da premissa de que o objeto do Direito é a regulação dos fatos sociais mais relevantes do ponto de vista jurídico, e que os fatos sociais, de ordinário, antecedem a elaboração da norma jurídica, dada a maior dinamicidade das relações sociais e da sociedade. Isso explica, inclusive, a classificação de movimentos e efervescências sociais como fontes materiais do Direito do Trabalho para a Doutrina majoritária justralhista brasileira.

Verifica-se na doutrina, especialmente no escólio de Sombra (2011), que não cabe a presunção de igualdade nas relações em que há a presença de um poder econômico, social, jurídico ou político que atua como fator de vulnerabilização de uma das partes em prol dos interesses da outra, situação que gera a aniquilação do direito de liberdade formalmente previsto na lei. E nessa toada fica evidente a discrepância entre a evolução histórica da ciência jurídica como um todo e os fundamentos e objetivos da Reforma Trabalhista de 2017, que se mantém alheia à promoção do bem-estar na sociedade, da paz social e mesmo de justiça social, configurando-se como produção legislativa totalmente contraditória com os objetivos de proteção da parte hipossuficiente que é inerente ao Direito do Trabalho.

Não bastasse o ponto de vista jurídico, do ponto de vista da política econômica a novel legislação atua em favor do grande capital e potencializa sua tendência de concentração e de aniquilação dos capitais menores e dispersos. Pode-se afirmar com base nas lições de Delgado (2012) que o rebaixamento do nível civilizatório da contratação de mão de obra um país de dimensões continentais como o Brasil implica numa concorrência imoral a nível mundial pelos investimentos (capital disperso e especulativo), utilizando a vida e o bem-estar de milhões de pessoas como ferramenta de manobras econômicas nocivas, a priori desrespeitando o valor intrínseco de cada ser humano.

Afirma-se esse valor intrínseco tomando por base os ensinamentos de Kant (2002), para quem o ser humano constitui um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado para a consecução de fins coletivos, mormente para causar Dumping Social, incentivando outros países a, diante da deslealdade do rebaixamento do nível civilizatório da contratação de mão de obra, rebaixar também seu nível civilizatório para manter em seus territórios o capital e os meios de produção que tradicionalmente lá atuam.

Resta claro, desse modo que ao invés de atrair investimentos, tal postura legislativa gera rebaixamento das condições de trabalho em nível mundial, condições estas que já são historicamente baixas no Brasil comparadas com o restante do mundo. Perigosamente, a reforma trabalhista, nesse ponto, pode ter mais presente um efeito de aniquilação do mercado consumidor interno do que o próprio fomento ao Dumping Social, que é consequência lógica direta desse tipo de prática flexibilizadora.

A verificação da gênese do Direito do Trabalho se faz mediante breve aferição de fatos históricos característicos do período de seu surgimento, ou em outras palavras, da aquisição de autonomia desse ramo do direito. Porém, por apreço à correção científica, é preciso perceber que essa autonomia do Direito do Trabalho ocorre em momentos diferentes ao redor do mundo, por isso, considerando o procedimento dialético adotado na presente pesquisa, convém abordar conjuntamente tais fatos sociais que, nos termos das lições constantes das bibliografias integrantes do referencial teórico, constituem a causa que deu ensejo ao surgimento desse ramo do Direito enquanto ramo autônomo.

Partindo do geral para o específico, até para que não se diga que o caso específico do surgimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil constitui situação excepcional, e tendo em vista a indubitável posição da Inglaterra como o berço da revolução industrial (esse fenômeno ou momento histórico que marcou o início da intensificação da demanda por trabalho assalariado no mundo) merecem destaque alguns relatos históricos que demonstram, para além das más condições de vida da classe operária na época, o alto nível de exploração do trabalho humano e suas consequências.

3.1. O trabalho e o trabalho no capitalismo

O recorte do objeto põe limites no estudo do trabalho em si na história do ocidente, tornando inconveniente ingressar nos primórdios do surgimento da atividade humana com natureza suscetível de ser classificada como trabalho para fins de diferenciação da atividade de subsistência referente ao suprimento das necessidades da vida como pode ser encontrado na filosofia grega.

Ainda que em algum ponto seja feita alusão ao trabalho nos primórdios da humanidade ou a algum estudo etimológico da palavra trabalho a fim de demonstrar sua correlação com a tortura ou instrumentos de tortura dada a origem latina da palavra, se fará a título meramente ilustrativo, pois o cerne da abordagem elucidativa do fenômeno do trabalho será desenvolvida no contexto

da sociedade capitalista, pois é o contexto pertinente para o estudo da Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil em razão das circunstâncias histórico-político-sociais em que se insere (um país capitalista, ocidental, em desenvolvimento, inserido no contexto da globalização, no momento histórico do século XXI, o qual se situa para alguns estudiosos na pós-modernidade)

3.1.1.O trabalho humano

Para ficar mais claro o tema proposto e o caminho a ser percorrido, convém conceituar alguns termos que serão centrais no desenrolar da presente pesquisa. Inicialmente a concepção de trabalho (lato sensu) é o parâmetro inicial para o desenrolar dos sucessivos aspectos a serem abordados. Importante distinção e conceituação é feita por Braverman ao ressaltar que “O trabalho humano é consciente e proposital, ao passo que o trabalho dos outros animais é instintivo.” (1987, p. 50).

Assim o autor diferencia o trabalho humano daquela atividade desempenhada por outros animais, como por exemplo uma aranha ao tecer sua teia. Isso é motivado pela própria constituição diferenciada do ser humano, pois “no trabalho humano o mecanismo regulador é o poder do pensamento conceptual, que tem origem em todo um excepcional sistema nervoso central” (BRAVERMAN, 1987, p. 51).

Embora possa parecer uma diferença um tanto elementar essa, aqui enfatizada, entre o labor humano e as atividades dos animais, ela é crucial para que possamos entender a relevância do trabalho humano e como ele foi modificado pelo modo capitalista de produção. Braverman se vale das lições de Marx para aprofundar nesse sentido e tratar da relevância do trabalho enquanto tal.

O trabalho como atividade proposital, orientado pela inteligência, é produto especial da espécie humana. Mas esta, por sua vez, é produto especial desta forma de trabalho. ‘Ao agir assim sobre o mundo externo e transformá-lo, ele ao mesmo tempo modifica sua própria natureza.’ (BRAVERMAN, 1987 p. 52)

Nessa toada, destaca-se que enquanto os animais continuam exercendo suas funções inatas e instintivas, os traços instintivos do trabalho humano a muito foram atrofiados pelas formas sociais de produção (BRAVERMAN, 1987, p. 53). Para arrematar a diferenciação, o mesmo autor destaca que a concepção pelo homem de um trabalho pode ser continuada por outro, bem como “a ideia concebida por uma pessoa pode ser executada por outra pessoa.” (BRAVERMAN, 1987, p. 53).

Outra diferença decisiva do ponto de vista da espécie humana, considerando o proprietário de força de trabalho genericamente concebida é que do ponto de vista da espécie humana todo indivíduo é proprietário de uma porção da força de trabalho total da comunidade, da sociedade e da espécie (BRAVERMAN, 1987, p. 54).

A partir do momento em que o trabalho é dominado e modelado pelo capital, apesar de sua característica de fazer parte do próprio corpo do trabalhador (exigindo sua dedicação física, com implicações na existência em si do homem), e por não poder ser separado de seu corpo e sua vida, o trabalho em favor de outrem implica a abstenção de atividades em prol de si mesmo. Apesar disso, é no trabalho humano que o capitalista acha, em razão inclusive de seu caráter plástico, o recurso essencial para a expansão do seu capital (BRAVERMAN, 1987, p. 57).

Em razão de tal plasticidade o trabalho humano é “infinito em potencial, mas limitado em sua concretização”, sendo fundamental para o capitalista o controle sobre o processo de trabalho, o que culmina na questão da gerência (BRAVERMAN, 1987, p. 58-59). E é em função da necessidade do capital de apropriar-se do processo de trabalho que as relações de trabalho se multiplicam após a revolução industrial, e que essa relação jurídica entre o capitalista e o proletário se torna uma das mais, ou mesmo a mais, frequente relação jurídica de nossa sociedade.

O sistema capitalista se torna então dependente dessas relações e da disponibilidade de trabalhadores que darão seus préstimos na produção dos bens e serviços gerando ganho patrimonial para outrem. Por isso a necessidade de que essa força de trabalho se reproduza. Mas também é preciso que mais e mais pessoas desejem ofertar sua força de trabalho e que isso também ocorra com relação às futuras gerações. Está em questão a política de controle da oferta de mão de obra no mercado de trabalho, bem como a reprodução da força de trabalho.

Segundo Paul Singer, a reprodução da força de trabalho abrange tanto sua manutenção, ou seja, a sobrevivência do trabalhador mediante a possibilidade de suprir suas necessidades básicas, quanto a reposição, ou seja, a substituição dos inválidos e aposentados. O primeiro requisito para a reposição é a existência de um salário que permita essa reprodução, mas não se resume a isso, pois há influência do modo de vida e das relações sociais de um determinado momento histórico nessa reprodução. Sendo que ele destaca ainda a necessidade de fornecimento de alguns bens de uso por parte do Estado, como educação para o trabalho e saúde. (1977, p. 118-119).

Ao proceder a uma digressão histórica Singer demonstra como a apropriação do trabalho feminino (e do trabalho da criança, ambos comumente chamados de meias-forças) colaborou

para a diminuição dos salários em geral e a submissão de toda a família ao domínio do capital. Sendo que ainda hoje, embora muitos tenham sido os avanços do Direito no sentido de impor limite etário às relações laborais e às discriminações de salário em razão do gênero, idade, etc. é fato notório a utilização do labor feminino em maior medida que o masculino e com uma remuneração média inferior, bem como um percentual inferior de ocupação pelas mulheres dos cargos hierarquicamente mais altos (tema que não será aprofundado em razão dos limites traçados para o objeto desta pesquisa).

3.1.2 O trabalho no capitalismo

Agora é preciso contextualizar o tema e seus elementos correlatos no momento histórico pertinente de modo a ressaltar suas características. Uma boa alternativa para qualquer aferição e análise é a realização de um juízo comparativo. Sabendo que se trata aqui da reforma trabalhista e que seu principal elemento correlato é o trabalho em si, tal contextualização consiste exatamente em refinar a compreensão do trabalho no ambiente e momento histórico em que ele ganha maior relevância e se sobressai. Assim, mister proceder a uma contextualização do trabalho na sociedade capitalista considerando as mudanças que o capitalismo sofre após a revolução industrial.

Contextualizar o trabalho na sociedade capitalista pode parecer simples em razão do tema capitalismo ser um fenômeno que não tem perdido sua atualidade, mas se torna mais complexo por suas diferentes conformações a depender da localização geográfica sob análise e também diante da sua dinamicidade (em outras palavras, diante de suas seguidas metamorfoses), pois se outrora o capital se esforçou para disciplinar a força de trabalho que resistia em atender aos interesses capitalistas, hoje ao voltar os olhos para as crises pelas quais o capitalismo passou nas décadas recentes o que se mostra mais preocupante para o próprio capitalismo é o fato de o capital ser muito poderoso e o trabalho muito fraco conforme destaca Harvey (2011, p. 61). Ou seja, para ele a diferença de poder entre capital e trabalho atualmente é maior do que a que já havia quando do surgimento do Direito do Trabalho.

Vários fenômenos marcantes da trajetória da humanidade mostram ter influência sobre o capitalismo, como o desenvolvimento de novas tecnologias aplicáveis no processo produtivo ou mesmo como os novos mercados formados em razão do surgimento de novas tecnologias, funcionando este como um nicho de mercado para a alocação de excedente de capital.

Novos métodos de gestão e organização do trabalho, igualmente influenciam no processo produtivo, na relação entre capital e trabalho e por via reflexa em toda a dinâmica social. Além disso, concepções mentais e ideologias também exercem influência no tipo de relação e na medida de poder entre capital e trabalho numa dada sociedade. Exemplo de ideologia voltada exatamente para moldar essas relações é o neoliberalismo, que segundo Harvey é

Um projeto de classe que surgiu na crise dos anos 1970. Mascarada por muita retórica sobre liberdade individual, autonomia, responsabilidade pessoal e as virtudes da privatização, livre-mercado e livre-comércio, legitimou políticas draconianas destinadas a restaurar e consolidar o poder da classe capitalista (HARVEY, 2011, p. 16).

Dentro do espectro de mudanças tecnológicas, essas indubitavelmente são uma característica marcante do capitalismo atual, destacando os avanços nos transportes, telecomunicações e informática que resultam na globalização destacada por Harvey ao falar da unificação do sistema financeiro mundial (que permite ao capital fluir, ultrapassar barreiras geográficas e dificuldades locais que constituem obstáculos ao seu desenvolvimento), bem como na classificação destacada por Bauman ao tratar de capitalismo em leve (fluido, líquido e volátil) e pesado (preso aos territórios, espaços físicos e entrincheirado atrás de muros).

Desde a década de 1980, a produção mundial se internacionalizou de maneira seccionada, sendo que a fábrica foi dividida, a administração e a gestão das finanças também se cindiram do restante das partes da mesma empresa, de modo que cada parte da empresa se acomoda na parte do globo que lhe apresenta regras mais favoráveis (HARVEY, 2011, p. 42-43), movendo-se à procura de circunstâncias mais convenientes no plano político, social, climático, tributário e ambiental, sempre em busca de menores limitações legais e maior disponibilidade de força de trabalho disciplinada e submissa. Assim “o “carro mundial” e a “televisão global” tornaram-se um item padrão na década de 1980” (HARVEY, 2011, p. 21), e atualmente, já no final da segunda década do século XXI, esse continua a ser o padrão.

Esse capitalismo no qual o trabalho se insere (sendo percebido pelo sistema produtivo como mero insumo), embora propenso a crises (HARVEY, 2011, p. 52), que servem para racionalizar as irracionalidades do capitalismo (2011, p. 18), é revolucionário – no sentido de que enquanto as ordens sociais anteriores buscavam manter o status quo e proteger a classe dominante, sendo eminentemente conservadores, o capitalismo tem um impulso revolucionário movido pelo fascínio dos homens pela novidade (HARVEY, 2011, p. 78-79) – porém, continua tendo a relação capital-trabalho no centro de sua dinâmica (HARVEY, 2011, p. 61).

Nesse sentido, Claus Offe destaca essa capacidade do capital de se reinventar, e adaptar-se de um modo que o lado do trabalho não pode, e mesmo quando pode, a adaptação é muito mais

fácil para o lado do capital, pois ele não tem sentimento ou sensibilidade que desaprove a transformação (v.g. nem todo trabalhador aceita mudar de profissão, deixando de exercer atividade para a qual se preparou por longo tempo e que sempre exerceu) (1995, p. 30).

Tendo em vista que as lições de Zygmunt Bauman facilitam essa contextualização aqui proposta, especialmente em razão de sua abordagem holística, se faz mister levar em consideração os dois momentos em que o trabalho pode ser contextualizado no capitalismo segundo o referido autor. Primeiro, no momento do capitalismo pesado, aquele característico do início da revolução industrial, identificado como o modo de produção fordista e com uma sociedade menos fluida e dinâmica. E posteriormente no capitalismo leve e fluido.

O ponto de partida, portanto, é a obra do sociólogo polonês denominada *Modernidade Líquida*, modernidade que segundo Bauman, é leve, fluida e infinitamente mais dinâmica que a modernidade “sólida”, por ela suplantada. Para ele a modernidade se tornou líquida pela aquisição dos atributos de mobilidade, leveza, inconstância, ausência de peso, dinamicidade, etc. Metáforas que denotam que essa modernidade, ainda que seja pesada, se apresenta com aparência de algo leve, que viaja o globo com facilidade e rapidez, e escorre entre os dedos de quem tentar apanhá-la (BAUMAN, 2001, p. 8-9).

Bauman destaca como a sociedade moderna (em sua modalidade pesada/sólida) tinha sua autoconsciência no Fordismo, que por sua vez buscava amarrar capital, administração e trabalho de maneira definitiva por meio da combinação de fábricas enormes com maquinaria pesada e utilização de força de trabalho em larga escala. Em suas palavras “o capitalismo pesado era obcecado por volume e tamanho” (BAUMAN, 2001, p. 75-76). Mas seja leve ou pesado, ainda é o mesmo capitalismo patrimonialista que precisa ser submetido a valores morais para permitir a paz social e a realização de valores nobres como justiça e bem-estar social. É nesse sentido que o jurista Fábio Gomes afirma que “[...] Não há como tornar o mundo em que vivemos um lugar melhor, se nos sujeitarmos às vicissitudes de um capitalismo destemperado, repleto de valores econômicos vazio de valores morais.” (2008, p. 114)

O referido sociólogo destaca o fetichismo pelo modo de produção projetado, racionalizado e racionalizador da atividade humana nos mais diversos campos, que é marca indelével da adjetivação que lhe atribuía grandiosidade suficiente para moldar o futuro e profetizar o porvir na mentalidade da época.

Grande era belo, grande era racional; “grande” queria dizer poder, ambição e coragem. O local de construção da nova ordem industrial era repleto de monumentos ao poder e à ambição, monumentos que, fossem ou não indestrutíveis, deveriam parece-lo: fábricas gigantescas lotadas de maquinaria volumosa e multidões de operadores de máquinas, ou densas redes de canais, pontes, trilhos, pontuados de majestosas estações dedicadas a

emular os antigos templos erigidos para a adoração da eternidade e para a eterna glória dos adoradores (BAUMAN, 2001, p. 181).

Naquele período, o que se buscou, segundo Bauman, foi fixar o trabalhador em seu posto de trabalho durante toda sua vida laborativa, real motivo pelo qual Henry Ford teria elevado os salários de seus empregados abruptamente, buscando economizar nos gastos com o treinamento de novos empregados, que precisariam ser contratados constantemente num contexto de alta rotatividade da mão de obra (2001, p. 76).

Mas as coisas mudaram, ele aponta. O estágio pesado cedeu lugar a um capitalismo leve, não mais tão fixado ao solo. Nesse novo capitalismo, mais leve e fluido, o trabalhador não se vincula a um lugar com máquinas difíceis de serem realocadas, mas ao contrário, basta-lhe “uma pasta, um celular e um computador portátil” (2001, p. 76). Nesse novo capitalismo, os projetistas e arquitetos do progresso não estão preocupados em traçar o caminho adequado para o sucesso, se assemelhando (na alegoria de Bauman) a “um avião no piloto automático sem qualquer informação de para onde vai o avião ou de quem escolherá o aeroporto”, deixando os passageiros à própria sorte, e responsabilizando-os pelo destino para cuja escolha eles eventualmente contribuam (se é que as regras lhe permitem contribuir). (2001, p. 76-77)

Destaca ainda como essa liquidez ou fluidez da modernidade afetou os Estados nacionais, antes capazes de projetar e administrar a ordem, atualmente estão fatigados, pois não conseguem por meio da política, segundo o autor, estimular as pessoas ao trabalho, quando antes “costumava decidir que tipo de coisas deveriam ser feitas e quem as deveria fazer.” (BAUMAN, 2001, p. 168). Valendo ressaltar que a fragilização é ainda maior para aqueles Estados mais pobres, vez que a diferença da renda per capita (considerando, portanto, suas respectivas populações) entre as nações se agudizou nas últimas décadas, como ressalta Bauman com base nos dados de Paul Bairoch, demonstrando que em 1995 este indicador mostra uma renda média per capita 50 vezes maior na Europa Industrializada do que nos países mais pobres do mundo. (BAUMAN, 2001, p. 757).

Nessa dualidade, modernidade sólida/modernidade líquida, o trabalho antes inseria-se no contexto sólido como um instrumento para a criação do futuro, a práxis capaz de concretizar o futuro pensado e projetado. “O futuro era a criação do trabalho, e o trabalho era a fonte de toda criação” (BAUMAN, 2001, p. 165). Na modernidade líquida o trabalho assume um aspecto da própria existência do indivíduo, caracterizando-se como parte da satisfação de viver e ao mesmo tempo como aperfeiçoamento da vida, que se realiza por tempo indeterminado, diga-se, sem expectativa de findar. “Uma tarefa incompleta, que clama incessantemente por cuidados e novos esforços” (BAUMAN, 2001, p. 169).

Para Bauman, ao trabalho também foram atribuídos, por ser o principal valor dos tempos modernos, os efeitos de aumentar a riqueza, eliminar a miséria, contribuir para o estabelecimento da ordem e colocar a humanidade no comando do seu destino (BAUMAN, 2001, p. 172). Assim o trabalho humano seria um elemento virtuoso que permite o comando do destino e a criação do futuro. Mas a complexidade do fenômeno não deixa resumi-lo a apenas esse viés, especialmente no contexto da modernidade líquida em que se encontra.

Percebe-se a natureza complexa dessa atividade de conceituação aqui proposta diante da constatação de que o progresso, segundo Bauman, perde sua natureza cumulativa e de longo prazo. Isso ocorre pela separação da vida em episódios nos quais o futuro é dividido em lapsos de tempo que se sucedem e que “devem ser consumidos antes que eles terminem e o próximo comece. Numa vida guiada pelo preceito da flexibilidade, as estratégias e planos de vida só podem ser de curto prazo” (BAUMAN, 2001, p. 173).

Nesse contexto, a vida laborativa perde seu planejamento e previsibilidade, e se insere num campo de incertezas no qual não se pode garantir que a melhor das estratégias será exitosa na prática. Exemplo simples, entre incontáveis outros, se impõe com a mera menção à tecnologia eliminadora de postos de emprego, que pode inovar uma linha de produção mediante a substituição de um trabalho altamente especializado e fruto de anos de planejamento e estratégia por uma máquina, um software ou hardware que torne determinada atividade dispensável. “O trabalho escorregou do universo da construção da ordem e do controle do futuro em direção do reino do jogo” (BAUMAN, 2001, p. 174).

Nesse caminho, o saudoso sociólogo polonês aponta que o trabalho está se tornando mais um resultado do que um instrumento, uma oportunidade de repor a energia dispensada para o próprio trabalho. Perdendo seu eixo sólido ele deixa de garantir qualquer identidade e projeto de vida para quem por ele se pauta. Adquire assim significação puramente estética, perdendo cada vez mais seu significado e sua contribuição social. Cada vez mais do ponto de vista existencial, espera-se que o trabalho seja satisfatório por si mesmo, ele raramente torna os seres humanos melhores, e se converte cada vez mais numa atividade de entretenimento, que precisa agradar necessidades e desejo estéticos daqueles que assumem a posição de consumidores dos resultados desse trabalho (BAUMAN, 2001, p. 175-176).

Harvey destaca, nesse contexto, as mudanças tecnológicas e organizacionais, que embora objeto de resistência da classe trabalhadora e de exortação pela classe capitalista e seus simpatizantes são, além de inexoráveis, relevantes para a sociedade na produção de comodidades e melhora do patamar evolutivo e das condições de vida em geral. Porém, no processo produtivo,

essas mudanças nem sempre são efetivamente profícuas, pois como o geógrafo inglês aduz “é, evidentemente, uma faca de dois gumes que pode ser tão perturbadora e destrutiva como progressiva e criativa.” (2011, p. 82)

O trabalho além de ser disciplinado pelos movimentos geográficos do capital em busca de novos mercados e de mão de obra abundante, especializada e não organizada, igualmente sofre com as implementações de novas tecnologias e novos processos produtivos (que, como dito, geralmente são inexoráveis), por vezes num espaço curto de tempo, de modo que mal o trabalhador se adaptou a um determinado modelo produtivo e seus conhecimentos já se tornam obsoletos, precisando o trabalhador de uma constante reciclagem que o desestabiliza profissionalmente e conseqüentemente o desestabiliza socialmente (HARVEY, 2011, p. 81).

O próprio capital, para atualizar seu processo produtivo por vezes requer novos investimentos e o descarte daquilo que se tornou inservível para a manutenção da produção em um patamar competitivo. Ressalte-se que por vezes a tecnologia descartada por se tornar obsoleta sequer foi amortizada, e a competição sem limites acaba por gerar prejuízos ao próprio capital (HARVEY, 2011, p. 81).

O trabalho humano é apresentado por Harvey como o coração do processo de trabalho (sendo este o lugar onde o lucro é produzido a cada ciclo na circulação do capital), que converte elementos da natureza em utilidades (2011, p. 88). Nesse local de trabalho as características daquela dada sociedade se refletem, ou seja, as hierarquias sociais, as composições das classes, distribuições étnicas, religiosas, sexuais, culturais, etc (2011, p. 89) que estão presentes na sociedade se reproduzem, segundo o autor, nos ambientes de trabalho, onde o capitalista reúne sob seu controle essa força juntamente com a tecnologia, modo de produção e insumos por um tempo determinado para o fim de obtenção de mercadorias destinadas ao lucro (2011, p. 82).

Avançando no raciocínio, diante de todo esse complexo de fatores que potencializam o poder do capital, Harvey se baseia em Marx para recordar que é o trabalhador que faz o trabalho, assim é do trabalhador a força criativa do processo produtivo, e conseqüentemente é com ele que está o poder, pois o capitalista é dependente do trabalhador, que ao recusar cooperação, tem o poder de impor limites (2011, p. 82), mas vale lembrar que o mesmo Harvey destaca que na conjuntura atual do capitalismo o capital se tornou muito mais poderoso e o trabalho muito mais fraco (2011, p. 61).

Diante de um Estado regido por interesses corporativos, o ambiente em que se insere o trabalho tem se tornado aos poucos mais flexibilizado e desregulamentado, mediante o enfraquecimento das tentativas dos Estados de se opor aos interesses do capital e em razão da

disciplina dos Estados exercida por organismos internacionais como o FMI e a OMC, que exigem justamente a não regulação (HARVEY, 2011, p. 60, 63-64 e 89).

Embora esse seja o panorama geral, é possível que os interesses de parcela do capital e os interesses do trabalho eventualmente venham a convergir, como por exemplo na defesa da manutenção dos postos de emprego diante de dificuldades econômicas ou da prevalência de atividades produtivas em detrimento de atividades financeiras e especulativas. Diante desse panorama, cabe às entidades representativas da classe trabalhadora, como os sindicatos, posicionar-se a favor das regulações das finanças pelo Estado e de limites adequados para a utilização da força de trabalho de modo a possibilitar o crescimento econômico dentro de padrões adequados e civilizados de prestação laborativa.

Como dito, Harvey destaca que as crises são comuns e de certo modo cíclicas no capitalismo. As crises são seguidas por uma onda de mudanças no mundo do trabalho, mormente mediante reformas legislativas. Essas reformas visam ao rebaixamento do preço geral de trabalho, pois dificultam o acesso a políticas sociais que Claus Offe descreve como atos de autoridade capazes de melhorar o equilíbrio entre capital e trabalho, pois podem garantir que o trabalhador consiga resistir um pouco mais de tempo fora do mercado de trabalho, aguardando uma oferta mais satisfatória – como é o caso do seguro desemprego – (OFFE, 1995, p. 29-30).

No tocante ao equilíbrio entre oferta e demanda de trabalho no mercado, a tecnologia e os modos de produção, que são modificados para ganho de produtividade, também possuem o condão de eliminar postos de emprego, e conseqüentemente interferir no equilíbrio entre oferta e demanda de trabalho, lançando mais trabalhadores para fora do mercado de trabalho e gerando uma competição entre eles que favorece à diminuição do nível salarial geral, como observava Marx e reafirma Offe (1995, p. 28).

Porém, na esteira das lições de Offe as políticas sociais do Estado interferem igualmente nesse equilíbrio de oferta e demanda, permitindo que o Estado possa planejar o tipo de distribuição dos trabalhadores entre as várias formas possíveis de inserção na sociedade (segmentos conforme a tipologia explicada a seguir) conforme ele entenda ser a mais salutar para o bem-estar social e para o equilíbrio adequado entre capital e trabalho.

Quando se trata de classificar a população em segmentos, Offe apresenta uma tipologia dividida em quatro espécies: I – Inativos (Crianças, doentes, desempregados sem esperança de reinclusão no mercado); II – Desempregados (aqueles que ficam fora do mercado por curtos períodos e são destinatários de políticas de reinserção e auxílio financeiro temporário); III – Empregados (aqueles que estão no mercado e ocupam suas vagas de maneira mais ou menos

estável), e ; IV – Autônomos (aqueles que conseguiram capital suficiente para adquirir seus próprios meios de produção e fornecer seus serviços e produtos diretamente no mercado) (OFFE, 1995, p. 29, 39-40).

São as diversas políticas sociais implementadas pelo Estado que podem interferir nessa distribuição, facilitando a reinserção de trabalhadores no mercado, ou mesmo retirando uma parcela dessa força disponível, aumentando o número de enquadrados no segmento I para elevar o nível salarial geral. É o que ocorre quando o Estado aumenta a idade mínima para o exercício regular de qualquer atividade laborativa, ou ainda quando amplia o número de anos necessários para a conclusão do ensino básico obrigatório. Mostram-se, assim, numerosas as opções disponíveis para o Estado influenciar nessa distribuição, não deixando tal influência e mesmo todo o planejamento dessa composição nas mãos do capital.

Portanto, Offe destaca que, em regra, não há livre arbítrio do trabalhador no que tange ao pertencimento a alguma dessas categorias (1995, p. 42-43), e que diante das mudanças tecnológicas e de modo de produção o trabalhador torna-se cada vez mais fungível, com suas atividades tornando-se mais elementares (p. 44). Opinião que remete à observação de Harvey que refere-se a alguns especialistas que dominam técnicas e se comunicam numa linguagem que o homem comum não domina, credenciando-os junto ao sistema financeiro no posto de aspirantes a novos capitalistas (2011, p. 86).

Também é possível relacionar a ausência de livre arbítrio desse indivíduo desnortado descrito por Offe com as lições de Bauman, que pontua o que pode ser entendido como a percepção em geral do cidadão trabalhador, que enxerga o mundo atual inserido não na tradicional lógica do trabalho como fator de produção de riquezas, mas inserido na lógica do jogo, em que o “mundo lá fora” figura como um jogador escondendo suas cartas contra seu peito, enfatizando a insegurança e a ausência de previsibilidade de nossa época (2001, p. 173).

Diante desse panorama, em que as condutas do capital e do Estado possuem repercussão coletiva, o trabalhador individualmente considerado passa a ter cada vez menos força no âmbito de sua relação e no mercado de trabalho. Assim, sem ajuda externa ele não consegue mais do que variar a qualidade, quantidade e a intensidade do seu labor objetivando vantagens na concorrência com seus companheiros (1995, p. 45).

A distribuição da classe trabalhadora nesses segmentos apresentados ganha então a utilidade de poder parametrizar políticas públicas que colocam o Estado em um dilema passível de ensejar limitações aos seus planos, pois não é possível forçar toda a população a ingressar no mercado de trabalho, porém essas políticas não podem ser capazes de permitir que se torne

globalmente disponível a opção de não participar do mercado de trabalho (OFFE, 1995, p. 51). Assim, sob a ótica de um estado que regula sua economia interna, ingressar no mercado de trabalho não pode ser uma opção.

De outra banda, essas políticas públicas são levadas em conta pela política de contratação dos empregadores, que se valem dessas redes de segurança social para criar uma rotatividade dos empregados que pertencem aos grupos protegidos por essas políticas públicas, utilizando-as em seu favor, mediante a precarização dessas relações de trabalho, sem gerar as consequentes pressões políticas e sociais que naturalmente lhe seriam opostas (OFFE, 1995, p. 56). Esses grupos desfavorecidos (como jovens e mulheres) acabam se submetendo a condições de trabalho mais instáveis e extenuantes, pois sabem o quanto é delicada sua permanência no mercado diante dessa conjuntura de rotatividade de mão de obra.

Desse modo, Offe destaca que essa parcela da mão de obra, frequentemente é considerada como mais paciente ou mais resistente ao stress (1995, p. 60). O descrito desequilíbrio, embora mais intenso nessa parcela da classe trabalhadora, é algo intrínseco aos contratos de trabalho em geral. Mas, ao invés de ressaltar as causas desse desequilíbrio, dentre elas a necessidade do trabalhador de prestar seu serviço para garantir sua subsistência e de sua família, Offe destaca uma compreensão mais macro do desequilíbrio, ao afirmar que se não houvesse esse desequilíbrio, restaria destruído o interesse da classe trabalhadora em continuar a se engajar nessa troca (1995, p. 62).

Diante das possibilidades disponíveis para o Estado de aplicar sanções positivas e negativas em face do capital e do trabalho, Offe destaca que maior pressão é colocada na necessidade de sanções negativas em face dos trabalhadores, que constituem a exposição dos trabalhadores afetados pelo risco de desemprego a ameaças legais e pressões adaptativas no sentido de atenderem às exigências impostas pelo mercado de trabalho. E exemplifica com o endurecimento das regras de seguro-desemprego (1995, p. 68-69). Atualmente são essas modalidades de sanções negativas à classe trabalhadora que estão ganhando força sob a justificativa de fomentar investimentos estrangeiros e cortar gastos do governo.

3.1.3 Crise, retrocesso e suas justificativas

Com o fito de impor sanções negativas à força de trabalho e diminuir os limites impostos pelo Estado à exploração de mão de obra, na esteira do movimento neoliberal que vem ganhando força nas últimas décadas, veio a reforma trabalhista brasileira de 2017 exercer papel de destaque nesse contexto formado pela relação capital-trabalho na sociedade capitalista do século XXI.

Essa continuidade que se perfaz agora numa nova investida de flexibilização e desregulamentação encontra terreno ideológico fértil pelos paralogismos passíveis de serem formulados na fase de crise atual do capitalismo em que se insere o objeto da presente pesquisa. Essa é também a opinião de Silva quando aduz que “Os resultados permitiram corroborar a hipótese de que a deterioração das condições macroeconômicas torna as reformas mais atraentes do ponto de vista econômico, bem como mais factíveis em termos de apoio político” (2018, p. 101).

Enquanto a crise denota a existência de uma irracionalidade ainda não processada pelo capitalismo (nos termos do já aludido escólio de David Harvey), os idealizadores de ferramentas flexibilizantes de direitos trabalhistas justificam essas ferramentas deixando de lado causas como o desinteresse dos investidores em alocar seu capital excedente na produção ao invés disso investirem no sistema financeiro, que produz lucros maiores de maneira especulativa, desaquecendo o setor produtivo da economia.

Outra causa não revelada é a política de crédito e de transações baseadas em capital futuro e engenharia financeira (que permite aos bancos emprestarem dezenas de vezes o valor que possuem em caixa), que impõe a necessidade de produção acima do que as circunstâncias e adversidades reais permitem, fazendo com que a conta não feche sem que se intensifique a utilização da força de trabalho para a produção de valor.

Consequências deletérias, embora relatadas por sociólogos e juristas que tratam das medidas neoliberais igualmente são omitidas pelos defensores da reforma, sendo que com base nas lições de Offe fica clara a intenção deliberada da reforma de reduzir a média geral dos salários com medidas que intensificam o ritmo de trabalho e permitem a exploração cada vez menos limitada da mão de obra de acordo com as necessidades de cada esfera de atividade econômica.

Esses argumentos de defesa da reforma são classificados por Silva (2018) em institucionais e econômicos. Os primeiros são amplamente problematizados ou mesmo rechaçados na literatura especializada, como v.g. argumentos no sentido de que a CLT é velha e desatualizada,

argumento que desconsidera que a CLT sofreu diversas alterações nas últimas décadas, que várias alterações ocorreram entre os anos de 2012 a 2017, que a jurisprudência do TST é dinâmica e tem complementado as disposições da CLT nos detalhes que a lei não dispôs em periodicidade de atualização semestral ou menor – entre 2004 e 2017, pois a reforma trabalhista dificultou muito a aprovação de enunciados de jurisprudência sumulada a partir de sua vigência – e, que diversas profissões são regulamentadas por leis específicas mais recentes que a CLT, etc.

Os segundos, os argumentos econômicos, alegam que a legislação trabalhista deixa os produtos brasileiros mais caros que os estrangeiros, inibe investimentos estrangeiros e reduz produtividade. Porém, essas afirmações econômicas não têm se sustentado a luz de dados internacionais como os obtidos em recente estudo no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), coordenado por Adascalitei e Morano em 2015, como demonstra Silva (2018, p. 101).

Os efeitos deletérios das medidas flexibilizantes, descritos por inúmeros juristas especializados no direito laboral e por sociólogos do trabalho têm se confirmado nos resultados dessas pesquisas baseadas em dados internacionais. E, desse modo, mais uma vez esse movimento neoliberal, agora analisado no período de 2008 a 2014 como sendo o “remédio amargo” para a crise, não tem trazido solução para o problema e não tem alcançado os objetivos a que se propõe, vejamos:

O estudo mostrou ainda que as reformas que diminuem a regulação têm efeitos fortemente negativos e estatisticamente significativos nos níveis de emprego nos anos seguintes, tanto em países desenvolvidos quanto nos em desenvolvimento, o que contraria o argumento geral em defesa de reformas trabalhistas de cunho flexibilizante como vetor de geração de novos postos de trabalho. (SILVA, 2018 p. 101)

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tem elaborado banco de dados que permite a análise comparativa de diversos países no que tange ao nível de proteção jurídica dada ao trabalhador, considerando 21 variáveis, dentre elas: duração máxima para período de experiência, tempo máximo de notificação e custos envolvidos para o caso de demissão injustificada e custos para demissão coletiva, dentre diversos outros (SILVA, 2018, p. 102).

Essa pesquisa coloca em cheque a informação de que o Brasil seria um dos países do mundo com a legislação trabalhista mais avançada e, portanto, mais protetora do trabalhador. Embora essa seja uma afirmação feita com ares de fato elementar e notório por John French (2001, p. 14-15) a partir de sua análise da CLT com o olhar de estrangeiro, ele afirma isso com a advertência que essa sofisticação se limita ao plano normativo, vez que na prática não se efetiva.

Fenômeno que segundo ele é comum nos países do chamado terceiro mundo e que no Brasil foi amenizado, mas ainda não resolvido, após a CF/88 (2011, p. 42-43).

Os resultados da análise da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) servem para um exercício comparativo, pois exprimem dentro de uma escala de 1 a 6 o resultado da pesquisa, número que aponta o IPE – Indicador de Proteção ao Emprego. E o que chama a atenção é justamente o fato de os resultados apontarem que o nível de proteção social no Brasil não é tão alto como se imagina a partir do senso comum, das informações divulgadas pelo governo (especialmente em período pré-eleitoral) e que se tornam conhecimento empírico, ou mesmo, do conhecimento disseminado no âmbito acadêmico por autores que se limitam a observar o direito trabalhista comparado somente com base nos textos legais de diferentes países.

Silva nos informa que “O valor médio dos países da OCDE foi de 2,28, enquanto a média dos países fora da OCDE ficou em 2,05.” E diante desses números destaca que “o Brasil, com 1,75, ocupa apenas a 55ª posição entre os maiores valores do IPE, situando-se abaixo da média dos dois grupos de países” (SILVA, 2018, p. 102). O que vai de encontro ao argumento da excessiva rigidez e alto padrão de proteção das relações de trabalho no Brasil.

Silva conclui com base no índice obtido nas pesquisas da OCDE, quando contrastados com os fatores considerados economicamente relevantes para o desenvolvimento de acordo com a argumentação defensora da reforma trabalhista no Brasil, que nenhum desses fatores exerce influência significativa para a melhoria do desenvolvimento em decorrência das modificações legislativas propostas. Em outras palavras, estatisticamente, a repercussão dessas alterações reformistas é ínfima nos fatores elencados no âmbito dos argumentos econômicos, como desigualdade, investimentos estrangeiros, diminuição dos custos produtivos para melhoria da competitividade internacional e melhoria da produtividade do trabalho, vejamos:

As análises realizadas entre o IPE (usado como proxy de rigidez da legislação trabalhista) e o conjunto de variáveis econômicas – escolhidas tendo como base a retórica argumentativa de defesa da reforma trabalhista no Brasil durante o seu processo legislativo – para 44 países, com os dados da OCDE, demonstraram que não existe relação estatisticamente significativa entre elas. Da mesma sorte, o coeficiente de determinação entre as variáveis foi muito baixo em todas as relações testadas, mostrando que o grau de rigidez da legislação trabalhista explica muito pouco da variação dos indicadores econômicos entre o conjunto de países considerado, o que converge com o estudo realizado pela OIT aqui citado. (SILVA, 2018 p. 107)

Valendo ainda salientar que no que tange à desigualdade, o autor encontra indícios de que o efeito (embora não seja tão significativo quanto se poderia esperar) é justamente o inverso daquele propalado pelos defensores da reforma, ou seja, a diminuição do padrão protetivo da legislação trabalhista, enseja a intensificação das desigualdades. Que na opinião de Silva, se

localiza justamente na maior concentração de renda no topo da pirâmide de distribuição, em detrimento da base. Ele justifica isso “na medida em que a proposta de reforma trabalhista no Brasil tende a implicar um aumento da parcela de lucros em relação à massa salarial na economia.” (SILVA, 2018 p. 106)

Silva é deveras convincente em suas conclusões no sentido de que os argumentos favoráveis à reforma flexibilizadora posta são no mínimo discutíveis. De ordinário, dada a aparente clareza cartesiana com que são propalados os argumentos pró-reforma flexibilizante, numa espécie de mantra, buscando a fé daqueles que os ouvem como dogmas que lhe são apresentados sob a aparência de cientificidade lógico-matemática evidente, opta-se alhures por trata-los como sofismas ou paralogismos, mas por hora, cabe questionar-se acerca da eficiência e existência dessas relações de causa-consequência diante das inúmeras outras variáveis que influenciam os objetivos elencados nesses argumentos. Nesse sentido:

Não existem regras gerais que impliquem relações causais universais no tratamento de um tema tão complexo como uma reforma na legislação trabalhista, pois tanto a probabilidade de sua efetivação normativa quanto sua efetividade junto às variáveis reais da economia são altamente dependentes de contexto e do padrão vigente de desenvolvimento nacional. (SILVA, 2018 p. 107)

Na esteira do que aduz Silva, de fato, basta olhar o gráfico dos países analisados pela OCDE para perceber a discrepância e aleatoriedade entre o nível de proteção trabalhista encontrado pela OCDE e o desenvolvimento, produtividade, atratividade de investimentos e padrão de igualdade nos países pesquisados.

Dentre os 44 países pesquisados com base nos índices constantes dentre os argumentos a favor da reforma, apenas cinco apresentam proteção inferior ao Brasil, dentre esses cinco podemos elencar o Panamá, a Arábia Saudita e os Estados Unidos, assim como podemos perceber entre os que possuem nível protetivo superior podemos elencar Japão, Dinamarca, Argentina, Israel, Finlândia, Suíça, Polônia, Alemanha e Estônia. A heterogeneidade (ou aleatoriedade) em ambos os polos, de fato chama a atenção (SILVA, 2018 p. 107).

A circunstância de diversos fatores influenciarem no desenvolvimento, produtividade, atratividade de investimentos e padrão de igualdade não é desconhecido no âmbito da academia. E a pesquisa da OCDE descrita por Sandro Silva, destacando que a tentativa de estabelecer correlação direta entre a redução do padrão de proteção legal dos trabalhadores e os aludidos indicadores não se confirma, convergindo com as constatações de Marx sobre uma paulatina diminuição da demanda por força de trabalho (evidentemente, considerando a proporção da mão de obra demandada com relação ao nível de produtividade que se deseja alcançar e ao contingente populacional de uma dada sociedade num dado momento histórico), o que ocorre

inclusive em razão do surgimento de novas tecnologias, da aquisição de maquinário, de novas técnicas de gestão, etc.

Assim, não obstante seja possível perceber o avanço, com o passar do tempo, em termos absolutos na quantidade de mão de obra demandada pelos meios de produção, em termos relativos há uma diminuição da demanda de mão de obra e conseqüentemente do emprego de força de trabalho (que Marx chama de capital variável). Em “O Capital”, Marx aponta como principal causa desse fenômeno o fato de uma parte cada vez maior do lucro ser investida em aquisição de maquinário, gestão, infraestrutura e outras espécies de capital constante, gerando um emprego cada vez menor de força de trabalho vivo para um volume cada vez maior de produção.

Seu valor aumenta, portanto, de modo absoluto, mas não proporcionalmente a seu volume. O aumento da diferença entre capital constante e capital variável é, por conseguinte, muito menor do que o da diferença entre a massa dos meios de produção e a massa da força de trabalho em que são convertidos, respectivamente, o capital constante e o variável. A primeira diferença aumenta com a última, mas em grau menor. (MARX, 2013, p. 847)

Essa sistemática tem duas conseqüências, que se nota de plano com base nas lições de Marx, uma já referida anteriormente, que é a tecnologia eliminadora de postos de emprego (uma tendência inexorável no modo de produção capitalista, não obstante seus prós e contras), e a segunda é a intensificação do período de labor do trabalhador, que passa a produzir dentro de uma mesma jornada uma quantidade maior de produtos/mercadorias.

Tal intensificação, pode ser analisada com base nas lições de Marx em “Salário, Preço e Lucro”, partindo da premissa de que cada mercadoria tem seu valor (que não se confunde com o preço, pois o valor, segundo Marx, é mera expressão monetária do trabalho, estando o preço, por sua vez, sujeito a oscilações que a miúdo o faz divergir do valor trabalho absorvido por uma dada mercadoria) determinado pela quantidade de trabalho (trabalho médio socialmente necessário em determinado momento histórico) utilizado para sua produção.

A intensificação do trabalho num mesmo período de tempo, gerando uma produção maior com a mesma quantidade de horas de trabalho, acarreta uma diminuição do valor trabalho inserido em cada produto, e portanto, proporcionalmente ao valor dos produtos, o valor do trabalho sofre uma diminuição contínua.

Se as respectivas quantidades de trabalho necessário para produzir as respectivas mercadorias permanecessem constantes, seriam também constantes seus valores relativos. Porém, assim não sucede. A quantidade de trabalho necessário para produzir uma mercadoria varia constantemente, ao variarem as forças produtivas do trabalho aplicado. Quanto maiores são as forças produtivas do trabalho, mais produtos se elaboram num tempo de trabalho dado; e quanto menores são, menos se produzem na mesma unidade de tempo. Se, por exemplo, ao crescer a população, se fizesse necessário cultivar terras menos férteis, teríamos que inverter uma quantidade maior de

trabalho para obter a mesma produção, e isto faria subir, por conseguinte, o valor dos produtos agrícolas. Por outro lado, se um só fiandeiro, com os modernos meios de produção, ao fim do dia converte em fio mil vezes mais algodão que antes fiava no mesmo espaço de tempo com auxílio da roca, é evidente que, agora, cada libra de algodão absorverá mil vezes menos trabalho de fiação que dantes e, por conseqüência, o valor que o processo de fiação incorpora em cada libra de algodão será mil vezes menor. E na mesma proporção baixará o valor do fio. (MARX, 1988, p. 21)

Apesar dos impactos negativos do desenvolvimento tecnológico (já ressaltado para que se perceba a importância ou mesmo a imprescindibilidade de controlar efeitos negativos inevitáveis com instrumentos sociais e jurídicos adequados) não se pode olvidar a necessidade do desenvolvimento tecnológico e sua utilização com sabedoria para que ocorra de maneira salutar o progresso da humanidade, mas, uma vez ciente da inevitabilidade da evolução tecnológica e de seus benefícios, não se pode adotar uma posição imprevidente e fechar os olhos para as complexidades que se renovam e se combinam constantemente num movimento ascendente e criativo.

É observando as tendências do sistema capitalista, especialmente as de acumulação de capital e de desvalorização do trabalho, que têm surgido as mais diversas correntes político-jurídicas de adaptação do Direito do Trabalho, apontando os direitos sociais como resistência ao progresso e às necessidades do capital.

No entanto, essas correntes observam o agora e de maneira imprevidente fecham os olhos para o passado, desejando um retorno ao modo de exploração de mão de obra estabelecido quando da revolução industrial, mediante a destruição de todos os mecanismos de proteção, apontados pejorativamente como entraves burocráticos dos quais se deve abrir mão, por um ato de fé consubstanciado na crença de que a repetição dos mesmos passos de outrora produzirá desta feita não somente resultados diferentes, mas diametralmente opostos aos que outrora se perfizeram, ou seja, um resultado de prosperidade digna característico de uma utopia idílica.

Beber na fonte dos estudos das maiores autoridades no estudo multidisciplinar e transversal, porém especializado e esotérico, permite ao estudioso vislumbrar o que há por detrás do véu de sofismas defendido inclusive em alguns estudos de Direito do Trabalho, não obstante seja incoerente com a finalidade ou teleologia desse ramo autônomo do Direito, bem como incondizente com sua evolução histórica e com sua busca pelo equilíbrio das relações jurídicas. Esse véu de sofismas é o que Marx chamaria de “aparência enganadora”.

Não se deve perder de vista ao analisar a relação entre capital e trabalho, que o capitalista busca o lucro, e não poderia ser diferente, pois no sistema capitalista há uma característica – que Robert Kurz elucida tal qual uma irracionalidade ao falar das crises do capitalismo (2002) e da pulsão de morte da subjetividade capitalista (2003) – que faz com que a saúde do capital seja

mais importante do que a vontade ou a própria saúde do capitalista, pois não importa qual a formação moral do capitalista quando seu capital se insere no plano concorrencial interempresarial as necessidades do capital lhe retiram as possibilidades de escolha.

Diante da força hercúlea dos desígnios do capital hipostasiado, o preço do trabalho sofre a incidência de uma força centrípeta que inibe sua expansão, tendendo a mantê-lo no seu limite mínimo natural.

O valor da força de trabalho é formado por dois elementos, um dos quais puramente físico, o outro de caráter histórico e social. Seu limite mínimo é determinado pelo elemento físico, quer dizer, para poder manter-se e se reproduzir, para perpetuar a sua existência física, a classe operária precisa obter os artigos de primeira necessidade absolutamente indispensáveis à vida e à sua multiplicação. O valor destes meios de subsistência indispensáveis constitui, pois, o limite mínimo do valor do trabalho. Por outra parte, a extensão da jornada de trabalho também tem seus limites máximos, se bem que sejam muito elásticos. Seu limite máximo é dado pela força física do trabalhador. Se o esgotamento diário de suas energias vitais excede um certo grau, ele não poderá fornecê-las outra vez, todos os dias. Mas, como dizia, esse limite é muito elástico. Uma sucessão rápida de gerações raquíticas e de vida curta manterá abastecido o mercado de trabalho tão bem como uma série de gerações robustas e de vida longa. (MARX, 1988, p. 39)

Preferiu-se referir a esse limite como natural, pois o próprio Marx refere-se a períodos em que, no passado, o trabalhador inglês se viu submetido ao pagamento de salários inferiores a esse limite mínimo, quando para sobreviver necessitava da assistência prestada pelas paróquias, permitindo apenas relativamente sua sobrevivência e a reprodução da classe trabalhadora, pois o salário geral sendo insuficiente colocava populações inteiras em situação de penúria.

Elucidando as lições apontadas, o limite mínimo natural do salário a que se fez referência, deve ser entendido como aquele valor que garanta a aquisição dos meios de subsistência do trabalhador, com ou sem certo nível de recomposição da força de trabalho a depender do momento histórico vivido por uma dada sociedade e das condições momentâneas do exército de reserva nesse mesmo dado momento.

A busca pela implementação desse limite mínimo (por parte do capital) é o que fundamenta grande parte dos diversos mecanismos de modificação do *status quo* (ou de um determinado status momentâneo) da relação entre capital e trabalho. A outra grande motivação é a adaptação dos procedimentos e da respectiva roupagem jurídica às novas tecnologias e técnicas de gestão para o aumento da produtividade ou do lucro.

Seja com fundamento em um desses dois frequentes motivos, ou em algum motivo eventual, essas mudanças, para serem aceitas, são rotuladas por eufemismos, como atualização ou reforma. Sendo essa apresentação suave um artifício crucial para que o interprete (ou destinatário) a entenda como algo bom ou embora imediatamente ruim, com possíveis reflexos

positivos (mediatos), tachando ainda as medidas a favor do trabalho como algo aparentemente bom, porém necessariamente com reflexos negativos.

Pode-se comparar metaforicamente esses pontos de vista antagônicos à referência feita a um copo que pode estar meio vazio ou meio cheio a depender da expectativa do intérprete; ou mesmo à utilização de um remédio que apresenta certo grau de toxicidade como efeito colateral, pois tanto as medidas a favor do a favor do trabalho, como as medidas flexibilizantes quando implementadas sem planejamento adequado e imbricadas em equívocos nas políticas públicas, ensejarão consequências negativas, mormente as medidas que são naturalmente pró capital em detrimento do bem-estar social.

Porém, o discurso que se difunde está mais próximo de ser interpretado como uma referência um remédio que pode envenenar ou um veneno que pode curar a depender do conceito que se dê para os termos remédio e veneno. Desse modo cada lado, especialmente o lado do capital, defende as medidas favoráveis a seus interesses como remédios e as medidas contrárias como venenos, quando cada medida guarda sua importância, sendo, no plano ideal, as medidas de proteção ao trabalho a regra e as medidas flexibilizantes raras e pontuais exceções, submetidas a necessidades circunstanciais e procedimentos tutelares de direitos, tal como ocorre na previsão constitucional de 1988 de que a flexibilização da irreduzibilidade salarial e da jornada de seis horas para trabalhadores em turnos ininterruptos de revezamento poderá ocorrer mediante negociação coletiva com a participação obrigatória do sindicato da categoria profissional (Art. 7º VI e XIV e Art. 8º, VI).

3.1.4 Os reflexos do capitalismo no mundo do trabalho: a questão social.

A já referida utilização da mão de obra das mulheres quando da revolução industrial, como fonte de trabalho de baixo custo, teve diversos reflexos na sociedade da época, assim como estima-se que tenha agora sobre a taxa de reprodução da população brasileira e mundial. Verifica-se novamente, então, as necessidades do capital moldando os processos produtivos e a sociedade como um reflexo desse movimento, que paradoxalmente se apresenta como antigo e atual.

Vale ressaltar, no que tange à revolução industrial, que enquanto prevalecia essa situação de aumento da utilização do trabalho feminino, constatou-se o aumento da mortalidade infantil e da desnutrição, maus tratos com os filhos e envenenamento de crianças (SINGER, 1977, p. 122-123). Sendo que quando houve um crescimento contínuo dos salários reais os índices de

mortalidade infantil diminuíram (p. 125). “Marx mostra, desta maneira, que o capital, tendo plena e ilimitada liberdade de explorar a força de trabalho que lhe está submetida, tende a destruí-la” (SINGER, 1977, p.124).

De outra banda, o aumento crescente dos salários reais melhorou a qualidade de vida e de consumo da classe operária, que pôde manter a mãe de família em casa e melhorar o padrão de consumo, que envolve desde carnes e frutas que melhoraram a nutrição das crianças, até bens duráveis como roupas e sapatos (SINGER, 1977, p.125-126).

Esse movimento de crescimento ou diminuição do poder de compra dos salários influencia a reposição da força de trabalho de maneira direta e indireta, pois o aumento salarial também permite às mulheres dos operários que elas se dediquem às atividades domésticas ao invés do trabalho fabril para complementar a renda familiar.

Nota-se então, um ciclo vicioso na diminuição dos salários, pois o seu rebaixamento cria a necessidade de que mais membros das famílias busquem e se submetam ao trabalho assalariado, aumentando a oferta de mão de obra e desvalorizando cada vez mais o trabalho humano em razão da sua disponibilidade cada vez mais abundante. Essa lógica pode ser levada em consideração nos dias de hoje, pois assim ocorreu durante a revolução industrial no Brasil, e quanto a esse período afirma Singer que “As mulheres de proletariado só permanecem no mercado de trabalho enquanto a insuficiência dos ganhos dos seus homens as coage a tanto, preferindo ficar em casa e cuidar de sua família quando isso se torna viável” (1977, p. 130).

Diante desse cenário, resta claro que a classe trabalhadora adapta-se aos movimentos ditados pelo capital, entretanto, o próprio capital, com tais movimentos de aumento ou diminuição da austeridade relativamente ao tratamento dado à força de trabalho, ele influencia e por vezes controla, ao menos indiretamente, a própria reprodução da força de trabalho. Ademais, conforme destaca Harvey (2011), a busca por uma produtividade cada vez maior pela sociedade atende aos interesses do capital de implementação de uma taxa composta de crescimento de 3%, considerada economicamente ideal e faz-se necessária para racionalizar o sistema após a utilização de mecanismos de criação fictícia de valor pela negociação com capital futuro acima do que de fato pode ser (ou foi) concretizado.

Esse controle exercido pelo capital é elemento essencial para o processo produtivo capitalista e conseqüentemente para a variação do nível dos salários, pois “Marx atribui as alterações do nível de salários essencialmente a mudanças no exército industrial de reserva” (SINGER, 1977, p. 139). Daí a importância do Direito do Trabalho para, impondo limites civilizatórios à exploração do trabalho pelo capital, regular a relação capital-trabalho de maneira

saudável, de modo a garantir cada vez mais o acesso dessa parcela da espécie humana que é responsável pelo trabalho utilizado na produção, aos resultados dessa mesma produção.

O aumento dos salários reais não só assegurou a efetiva reprodução da força de trabalho, permitindo tanto a manutenção do trabalho adulto quanto sua reprodução no fim de sua vida produtiva, mas ocasionou uma ampliação da demanda interna de consumo que tornou possível o lançamento de uma nova série de “novos produtos”, que viriam a caracterizar a segunda fase da Revolução Industrial ou o que é considerado por vários autores como a 2ª Revolução Industrial (SINGER, 1977, p. 133).

Porém, dentre outros elementos que influenciam a manutenção e a reprodução da força de trabalho, encontra-se a diminuição dos postos de trabalho em decorrência do avanço tecnológico eliminador de postos de emprego. Singer, baseado em Marx ao tratar das inovações tecnológicas destaca que existem inovações que se constituem novos produtos (v.g. a máquina de costura). Nesse caso específico a colocação do produto no mercado pode gerar mais empregos do que os eliminados pela nova tecnologia em si.

O fato de a máquina de costura ter-se tornado um bem de consumo – portanto um “novo produto” – fez com que o emprego gerado em sua produção certamente superasse, de muito, o emprego que sua utilização industrial eliminou. (SINGER, 1977, p. 135)

Algumas inovações tecnológicas constituem-se produtos, e assim geram novos empregos e comodidades (além de suprimirem outros postos de emprego) – quando máquinas de uso doméstico permitem que a mãe de família possa oferecer novamente sua força de trabalho no mercado de trabalho pela criação de tempo livre – pois as inovações tecnológicas que constituem produtos influenciam nas condições político-econômicas que despertam novas necessidades e novas demandas geradoras de pressão social por melhores condições de trabalho (SINGER, 1977, p. 136-138).

As condições econômicas e políticas que determinam o nível de reprodução da força de trabalho no capitalismo sofreram uma mutação a partir da segunda metade do século passado [...].

A partir da mutação, o elemento social na determinação do valor da capacidade de trabalho passou a adquirir valores positivos e crescentes. As situações das duas partes na luta de classes de certa maneira se inverteram: os trabalhadores passaram a pressionar no sentido de incorporar ao seu “padrão tradicional de vida” os “novos produtos”, que o avanço tecnológico ia proporcionando, ao passo que os capitalistas se limitavam a contrapressionar no sentido de retardar e limitar a expansão desse círculo de necessidades, que o salário monetário tinha que permitir ao trabalhador satisfazer. (SINGER, 1977, p. 137-138)

Embora essas pressões possam ser comumente vistas de modo negativo pelo Capital, o que se quer enfatizar aqui é que até certo limite, do mesmo modo que a diminuição continuada do nível salarial provoca um ciclo vicioso, em contrapartida, o aumento generalizado desse nível acarreta um ciclo virtuoso decorrente da criação de mercado e do aumento do consumo, que são ingredientes essenciais para o desenvolvimento e o lucro no modelo econômico capitalista. Vejamos:

O efeito deste aumento foi reforçar o movimento inicial: salários reais maiores expandiram o mercado interno, o que estimulou a acumulação nas próprias metrópoles, acarretando um aumento maior da demanda por força de trabalho. Os trabalhadores alcançavam salários mais altos e os capitalistas respondiam a estes salários maiores não com uma racionalização, não com o aumento da composição orgânica em tal medida que reforçasse de novo o exército industrial de reserva; não o faziam porque, apesar dos salários mais altos, eles obtinham lucros mais altos ainda. (SINGER, 1977, p. 140)

Tendo em vista os efeitos benéficos do aumento generalizado dos níveis salariais vale ressaltar que Singer faz a observação quanto à centralidade da influência exercida nesse nível pelo crescimento ou diminuição do exército industrial de reserva, pois o poderio político-social do movimento operário, suas aspirações, o surgimento de novos produtos, novas tecnologias e suas características intrínsecas também exercem influência substancial nesse fenômeno (SINGER, 1977, p. 145).

Ao tratar do exército industrial de reserva, faz-se pertinente uma digressão pontual para abordar o conceito de superpopulação relativa, que é abordada por David Harvey (2013) com base no escólio de Marx mediante sua divisão em três extratos, os das superpopulações flutuante, latente e estagnada e enfatiza a influência substancial dos avanços tecnológicos no estrato flutuante e suas consequências negativas para as reivindicações da classe trabalhadora (ressaltando que não se confunde com a classificação já apresentada com base no escólio de Offe, pois partem de critério distinto e prestam-se a finalidades distintas, de modo que se justifica a abordagem de ambas nessa pesquisa).

Por superpopulação “flutuante” ele entende as pessoas que já estão proletarizadas, que já são trabalhadoras assalariadas de tempo integral ou que, são temporariamente dispensadas do trabalho por alguma razão, sobrevivem de algum modo durante o período de desemprego, antes de serem reabsorvidas no emprego quando as condições para a acumulação melhoram.

[...]

A superpopulação latente são pessoas que ainda não foram proletarizadas. Na época de Marx, o termo referia-se particularmente às populações camponesas ainda não absorvidas pelo sistema de trabalho assalariado. [...] também pode incluir produtores pequeno-burgueses independentes e artesãos que foram deslocados pelo grande capital e forçados a ingressar no mercado de trabalho.

[...]

O terceiro extrato é a superpopulação estagnada. Refere-se àquela parte da população empregada de maneira muito irregular e particularmente difícil de mobilizar. A camada mais baixa da superpopulação estagnante é situada por Marx “na esfera do pauperismo” e inclui “vagabundos, delinquentes e prostitutas”[...].

[...]

O segundo modelo de acumulação de Marx depende fundamentalmente das reservas criadas pelo desemprego induzido pelo avanço tecnológico. (HARVEY, 2013, p. 292-293)

Esses conceitos demonstram como Marx classifica as parcelas ou extratos que compõem parte da classe trabalhadora (ou da mão de obra potencialmente disponível na sociedade) e esclarece como as influências do Capital no mundo do trabalho são diferentes em cada parcela da

classe trabalhadora analisada. Porém, além de ser elucidativo utilizar a classificação para fins de análise e compreensão dos efeitos oriundos dessa relação secular, a compreensão de como se compõe o exército industrial de reserva é pertinente para que se possa tratar dos reflexos da reforma trabalhista na classe trabalhadora.

Como se nota, a classe trabalhadora não se forma apenas dos trabalhadores que estão desempenhando suas atividades laborativas num determinado momento, ela também é composta pela superpopulação latente, sendo que ambas são atingidas pela reforma trabalhista. A flutuante (assim como a dos empregados já fixados no mercado – equivalente à categoria III da classificação de Claus Offe –) é afetada diretamente pela redução dos direitos, e a latente virtualmente por essa mesma redução de direitos e diretamente pelo lançamento de parte da população flutuante na informalidade que lhe permitirá complementar seus ganhos que eventualmente se tornaram insuficientes pela redução de direitos com reflexo/expressão pecuniária.

Porém, há ainda sobre a superpopulação latente um efeito especulativo, que de acordo com o fomento ou não desse mercado no caso concreto, dada a redução de direitos implementada pela reforma, implicará um aumento dessa superpopulação, que tem como consequência aumento de oferta de mão de obra no mercado informal, que pode ocasionar a diminuição da renda dos trabalhadores que se encontram nessa situação e conseqüentemente dos que permaneceram no mercado formal.

Apesar da do aumento da proporção de trabalhadores que se encontram desempenhando suas atividades fora do mercado de trabalho formal, esses dados por vezes não se refletem nos índices de desemprego, vez que tais índices se baseiam nos desempregados que ainda têm esperança em procurar emprego (buscam por emprego), ou migram para a autonomia laborativa neoliberal (que não tem nada de justo e não reflete a realidade do desemprego quando de autônomo o trabalhador possui apenas o nome, mas não a autonomia que lhe deveria ser inerente).

O que se trata, é que a autonomia pode ser meramente formal, quando o trabalhador exerce suas atividades com a presença dos elementos da relação de emprego (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação), trabalhando por conta alheia de modo subordinado e inserido na estrutura organizacional do tomador, constituindo evidente fraude trabalhista a formalização desse trabalhador como autônomo.

Isso se verifica também pela circunstância desse trabalhador autônomo ter suas possibilidades de ganho limitadas à utilização de seu próprio labor e a fatores que o excluem de

se beneficiar do bônus decorrente da alea/risco natural da atividade econômica, que somente o atinge no momento de arcar com os ônus dos prejuízos, ou seja, uma verdadeira centralização dos lucros com socialização dos riscos.

A autonomia se configura quando o trabalhador exerce a atividade econômica por conta própria, segundo suas próprias normas (o que se denota da etimologia da palavra autonomia) e organização, sem qualquer subordinação a outrem, sem pessoalidade, ou seja, podendo fazer-se substituir no momento em que entender oportuno e estando exposto aos riscos e à sorte naturais da atividade que exerce em benefício próprio, de modo que tanto os ônus quanto os bônus auferidos no desempenho da atividade se incorporarão ao seu patrimônio.

Porém, esse autônomo, acredite ou não ser ele um capitalista, ele está inserido num sistema em que as possibilidades de sucesso estão dispostas hierarquicamente em forma de pirâmide, e com isso queremos dizer que muitos produzem, mas apenas alguns poucos desse total acumulam riqueza (ou seja, ampliam seu patrimônio de natureza econômico-financeira). Sabendo que para que alguns acumulem, outros devem perder seus investimentos, o risco abstrato de perda é correspondente às possibilidades de ganho. Ou ainda, sabendo que o resultado de aquisição de poder econômico e ascensão social na sociedade capitalista adquirido com base na meritocracia é relacional, e implica na necessária disparidade de condições financeiras, conclui-se que não há lugar ao sol para todos.

Com isso afirma-se que não há sociedade capitalista formada exclusivamente por capitalistas, bem como não há sociedade capitalista em que todos os cidadãos são abastados, ou sequer em que a maioria seja abastada, e para retratar essa conformação do sistema em que vivemos, convém adaptar e trazer para esse contexto alegoria inspirada em lições de Robert Kurz, na qual afirma-se aqui que “em buraco para rato não cabe elefante” (1996).

E com isso, resta clara a constatação de que no sistema capitalista há lugar para uns poucos detentores do capital, não cabe nesse sistema uma quantidade infindável de capitalistas, mas apenas alguns poucos (comparados aos números totais populacionais das sociedades capitalistas). Ressaltando que ainda que se tentasse formular uma sociedade capitalista em que o capital se encontra substancialmente disperso, tal circunstância enfraqueceria esses capitalistas na competição com os capitalistas de outras sociedades em que a acumulação é mais restrita e mais intensa, pois no capitalismo acumulação é poder, e o poder do capital é fator determinante na competição intercapitalista, que ocorre no plano nacional e internacional.

Convém destacar que embora as pressões sociais da classe trabalhadora tenham sido consideradas como fonte de mudanças nos padrões de nível salarial de determinadas épocas, em

diversos momentos e lugares as reivindicações que envolvem a questão social foram criminalizadas e tratadas como questão de polícia.

Não é episódica, ao contrário, é permanente, a convicção de setores dominantes e governantes, civis e militares, de que as manifestações operárias e camponesas ameaçam a ordem pública, a paz social, a segurança, a ordem estabelecida, ou “a lei e a ordem”. Qualificam essas manifestações como problemas de polícia ou também militar. (RAMOS Apud IANI, 1991, p. 4)

No entanto, tal criminalização tem o efeito de escamotear a produção da pobreza como consequência natural do modo de produção capitalista, o que na linha do que se está a defender no presente trabalho, reitera o papel de extrema relevância do Direito do Trabalho no controle dessas mazelas que são congênicas do modelo econômico vigente e não podem ser desprezadas, nem mesmo diante do discurso vazio e infundado de imprestabilidade desse insigne ramo do Direito, que ao fixar um preço mínimo a ser pago pela força de trabalho contratada, reflete indiretamente nos excluídos da incidência de suas normas.

É enganoso sugerir que os dois brasis pouco ou nada têm a ver um com o outro. A análise atenta das relações, processos e estruturas de dominação política e apropriação econômica permite demonstrar que os processos da economia têm raízes na pauperização relativa - e as vezes absoluta – de trabalhadores da cidade e do campo. Isto é, os “participantes” e os “excluídos” estão atados por relações, processos e estruturas que reiteram continuamente, em distintas formas, diferentes regiões; em geral por intermédio de instrumentos e técnicas controlados pelos que mandam, ou seja, uma parcela dos “participantes” (IANI, 1991, p. 5).

A criminalização se mostra um dos instrumentos, como se percebe pelo caminho percorrido na presente pesquisa, para o controle do exército industrial de reserva, que ocupa posição estratégica no embate capital-trabalho e exerce sua influência de modo mais sofisticado e oculto.

O interesse da classe capitalista é administrar a oferta de trabalho para criar e perpetuar um exército de reserva (numa combinação de flutuante e latente) e assim manter salários baixos, ameaçar os empregados com demissões iminentes, dispersar a organização de trabalho e aumentar a intensidade de trabalho dos que continuam empregados. (HARVEY, 2013, p. 270)

O Direito do Trabalho torna as relações de emprego mais duradouras mediante garantias de emprego ou políticas de incentivo à manutenção do vínculo que, respectivamente, impedem juridicamente a dissolução unilateral de iniciativa patronal do vínculo empregatício ou desmotivam a extinção desses contratos pela imposição de ônus financeiro. Além disso fixa limites de jornada e protege os representantes da classe trabalhadora no exercício da representação, minimizando as possibilidades e efeitos dos métodos de pressão tradicionalmente utilizados pelos titulares dos meios de produção.

Desse modo, por sua gênese, o Direito do Trabalho acarreta como efeito prático a característica social de obstar a expropriação imoral da força de trabalho pelo capital (imoral

quando vem a desrespeitar os limites que garantem o mínimo de bem-estar ao trabalhador, que é sempre também um sujeito de direitos e um cidadão) e tratar, gradativamente, dos efeitos nocivos da produção constante de desigualdade na sociedade capitalista. Ele trata esse efeito nocivo mediante a manutenção da exploração da força de trabalho dentro de certos limites civilizatórios, ensejando um progresso (econômico e social) constante no seio da sociedade.

O Direito do trabalho atua, portanto, na moralização da relação capital-trabalho e produz o efeito clássico de padronização pela formalização das relações empregatícias, necessário para dar dinamicidade às relações entre os indivíduos. O que é feito numa atuação governamental de padronização dos modelos de contratos e dos direitos que dele naturalmente decorrem, essa atuação governamental justtrabalhista visa a assegurar condições de trabalho que observem a dignidade humana do trabalhador.

Sem as limitações impostas pelo Direito do Trabalho, evidentemente o bem-estar e a progressão das condições de vida no sentido de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana ficariam à mercê das forças do mercado, ou seja, das porções de capital acumulado que disputam poder e dominação de espaços nesse ambiente abstrato, vejamos:

Portanto, para Marx, “diante desse tipo de racionalidade do sistema capitalista, os salários tenderiam a ser, cada vez mais, salários de sobrevivência, isto é, salários que o capitalista paga apenas como forma de garantir que a força de trabalho de que necessita se manterá viva e poderá se reproduzir, tornando-se equivalente a apenas uma parte do valor que produz, enquanto o restante (mais-valia) entrará na composição do lucro capitalista – garantindo, assim, o funcionamento e a reprodução do próprio sistema. (MARX Apud GUIMARÃES, 2013, p. 423)

Tal padronização dos contratos de trabalho tem diversas características antagônicas, pois se de um lado garante direitos, de outro, por limitações fáticas inerentes à própria atividade legislativa e à infinidade de fatos sociais passíveis de regulação pelo Direito, a lei não observa expressamente as necessidades específicas de cada categoria profissional.

Por vezes, no sentido inverso, acaba contraditoriamente criando-se norma trabalhista pautada por interesses patronais, entretanto o sistema justtrabalhista diante disso precisará situá-la para o interprete como mera norma de equilíbrio contratual, pois normas de proteção dos interesses do capital, não são por sua natureza, normas trabalhistas, restando a casos como este uma natureza excepcional a impor uma interpretação restritiva (como ocorre com o poder disciplinar do empregador), não obstante a possibilidade de ajuste por uma pactuação complementar³ no plano individual ou conformadora/saneadora⁴ no plano coletivo trabalhista.

³ Que pactuam individualmente as necessidades específicas da categoria profissional pertinente.

⁴ Que conformam norma virtualmente assecuratória de interesses patronais fixando seus limites, modo de aplicação, alcance e extensão considerando os conflitos e as convergências de interesses entre capital e trabalho num dado setor.

Se de um lado o Direito do Trabalho assegura o mínimo de direitos necessário para garantir a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações trabalhistas em um determinado contexto histórico, de outro torna a pactuação e a ruptura da relação mais dinâmicas, mediante a utilização de mecanismo jurídico similar ao contrato de adesão, que facilita a contratação e a rotatividade da utilização da mão de obra (que quando mal utilizada, digo, utilizada exclusivamente em prol dos interesses do capital, gera instabilidade nos postos de emprego e instabilidade social).

Essa política é apontada por Thiago Sombra como “Dirigismo Contratual” (SOMBRA, 2011), porém, vale ressaltar que o dirigismo contratual não é a finalidade do Direito do Trabalho, pois a implementação de políticas econômicas pelo Estado possui outros meios mais adequados. Justamente o caminho inverso deve ser observado pelo legislador e pelo estudioso da ciência justaltrabalhista, pois os direitos trabalhistas estão, segundo a doutrina majoritária no direito do trabalho, muito mais voltados para a prevenção de mazelas sociais e equilíbrio das relações trabalhistas do que para objetivos econômicos (embora não se negue tal dimensão de efeitos).

Aos poucos, começa-se a equacionar a questão. As exigências da economia, os desenvolvimentos das forças produtivas e as possibilidades da industrialização exigem que as relações de produção sejam formalizadas, institucionalizadas. Desse modo, o trabalho pode atender melhor às exigências do desenvolvimento e diversificação do sistema econômico. “Modernizar” as relações trabalhistas, as condições de oferta e de demanda de força de trabalho, pode ser uma exigência do mercado, da grande empresa, da industrialização, do comércio exterior e até mesmo do capital estrangeiro. Esse é o contexto em que intelectuais, políticos, membros de governo e empresários começam a reconhecer a conveniência de equacionar a questão social. Para Sampaio Doria, o trabalho está no centro da questão social. (IANI, 1991, p. 6)

Além do efeito de padronização das contratações laborais e da facilitação proporcionada em sua pactuação em razão da estabilização de expectativas conferir mais dinamicidade a tais relações jurídicas, o Direito do trabalho se identifica, por certo grau de semelhança, com outros ramos do Direito preocupados com o bem-estar social, e que por vezes se voltam para a questão social.

No que tange ao conceito de questão social, embora haja divergência a depender do autor que se adote, é possível afirmar com segurança substancial que ela gira em torno das questões da pobreza, das más condições de trabalho, da desigualdade e da prevenção dos riscos sociais (como doença e invalidez).

Mas merece destaque maior o fato de que independente da utilização de um modelo teórico mais adequado, é a intenção dos governantes, dos participantes e dos “que mandam” aquilo que possui maior impacto em sua solução, pois: “Não há questão social – habitação, alimentação, educação, saúde e outras – cuja solução exija mais do que apenas a boa vontade e

diligência por parte dos que respondem pela preservação do nosso patrimônio social e histórico” (SIMONSEN Apud IANI, 1991, p. 7).

Embora a questão social seja uma constante na sociedade submetida ao modo de produção capitalista percebe-se ondas de avanços nos direitos sociais e momentos de retração ao longo de décadas. Os avanços dos direitos da classe trabalhadora, embora fosse desejável que ocorressem de modo contínuo, na prática ocorrem e movimentos pendulares, como já constataria o jurista baiano José Catharino ao afirmar que “O mecanismo histórico, sempre evolutivo, exige um movimento pendular, de um extremo a outro, opostos” (1972, p. 6). O que novamente ressalta a necessidade constante de afirmação e reafirmação dos direitos trabalhistas, assim como do esclarecimento acerca de sua relevância para um desenvolvimento salutar da sociedade no passar das décadas diante dos efeitos perversos do capitalismo.

Acompanhando as mudanças, o período de garantia da reprodução pelo trabalho, como direito conquistado pelos movimentos de trabalhadores, é seguido por um período de perdas ou rupturas do bem-estar, mesmo entre os trabalhadores estáveis inseridos nos setores produtivos.

[...]

Mesmo se considerando a recuperação do mercado de trabalho indicada pelo aumento de trabalhadores com carteira assinada a partir de 2006, não se elimina a precarização[...]. (GUIMARÃES, 2013, p. 426-427)

Os efeitos e consequências da relação capital-trabalho serão retomados posteriormente elucidando conceitos de valor e preço do trabalho e das mercadorias, na perspectiva de Marx, porém, nesse momento adquire relevância abordar os aspectos históricos e teleológicos que revelam as peculiaridades e a razão de existir do Direito do Trabalho, para assim exercer um cumprimento fiel dos objetivos traçados para a presente pesquisa.

Esse caminho será tomado observando a pertinência do presente tópico, pois os aspectos históricos indiretamente ressaltam o sofrimento da classe trabalhadora diante da superexploração de seu labor, revelando mais sobre a questão social aqui tratada, porém de maneira indireta, reforçando a coesão e coerência entre os tópicos e no modo como foram dispostos.

3.2. O direito do trabalho

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito que adquire autonomia em relação ao Direito Civil em razão das características singulares desse tipo de relação, que envolvem, como destaca Alain Supiot (2016), o fato do serviço contratado ser indissociável da pessoa do trabalhador (seu corpo, liberdade, saúde, etc) e da desigualdade inerente às relações de trabalho, pois nelas o trabalhador precisa aceitar as condições que lhe são ofertadas para se manter vivo em razão da

necessidade de auferir de renda para o sustento próprio e de sua família, circunstância que lhe retira a possibilidade de exercer livremente sua autonomia contratual.

O pensamento do Direito do Trabalho evolui no sentido de proteger os trabalhadores das agruras cometidas pelo capital, conforme demonstra Barbagelata (2012) ao relatar a utilização da mão de obra de crianças durante a revolução industrial. Situação semelhante é igualmente demonstrada em Marx (O Capital) ao descrever com detalhes como na Inglaterra a ausência de limites ao poder do capital na exploração da força de trabalho da classe operária e sua influência frente ao Estado colocaram a classe operária da época numa situação de calamidade, praticamente inviabilizando a sobrevivência e reprodução de comunidades inteiras de trabalhadores.

3.2.1 Aspectos predominantemente históricos

Para fazer um retrato fiel das frequentes más condições de trabalho no período da revolução industrial, ao invés de iniciar relatando quais eram essas más condições, como diversos autores costumam fazer, e que Marx por exemplo faz com minúcia e propriedade, opta-se por iniciar apresentando uma entrevista que o jurista uruguaio Hector-Hugo Barbagelata, destaca como anexo em sua obra, vez que o depoimento direto trazido por Barbagelata ao mesmo tempo que retrata mais de perto a realidade da família proletária no século XIX (por ser mais do que um relatório de um terceiro que apenas examina tais condições), permite que não se enverede por refazer ou reproduzir ou repetir as pesquisas de Marx.

Essa entrevista contém o testemunho dos pais de duas meninas que trabalhavam na condição de aprendizes em uma fábrica de tijolos na Inglaterra em meados do século XIX. Tais relatos têm origem em um interrogatório realizado pelos membros de uma comissão investigadora oficial, segundo informa o próprio autor uruguaio.

“Pergunta: – A que horas que as crianças vão para a fábrica?

Resposta dos pais: – Durante seis semanas foram das três da manhã e terminavam as dez da noite.

Pergunta: – Que pausa lhes autorizavam durante essas dezenove horas para descansar e comer?

Resposta: – um quarto de hora para o café da manhã, meia hora para o almoço e um quarto de hora para beber.

Pergunta: – Quanto tempo dormiam?

Resposta: Nós nunca podíamos coloca-las na cama antes das onze da noite, já que tínhamos que lhes dar algo para comer. Assim, minha esposa tinha o hábito de vigiar toda a noite para acordá-las a tempo.

Pergunta: – A que horas acordavam?

Resposta: – Normalmente, eu e minha esposa levantávamos às duas da manhã para vesti-las.

Pergunta: – Ou seja, as meninas não dormiam mais de quatro horas?

Resposta: – Apenas quatro.

Pergunta: – Quanto tempo duram?

A. – cerca de seis semanas.

Pergunta: – As meninas se cansavam com este regime?

Resposta: – Sim, muito. Mais de uma vez adormeceram com a comida na boca, e era necessário sacudi-las para engolir.

Pergunta: – Suas filhas foram vítimas de acidentes?

Resposta: – Sim. Minha filha mais velha a primeira vez que foi trabalhar uma engrenagem decepou um dedo até a articulação e teve de passar cinco semanas no hospital em Leeds.

Pergunta: – Continuaram a pagar os salários durante esse tempo?

Resposta: – Não, desde o acidente pararam de pagar.

Pergunta: – As suas filhas foram castigadas?

Resposta: – Sim, as duas.

Pergunta: – Qual era o salário de uma semana normal?

Resposta: – Três chelines por semana para cada uma.

Pergunta: – E quando fazia horas extraordinárias?

Resposta: – Três chelines e sete peniques e meio.” (FARIAS, Apud BARBAGELATA, 2002-A, p. 24-25).

A situação de penúria relatada, evidentemente constitui apenas um exemplo do contexto que era comum naquela época. Tempo em que a exploração da força de trabalho tinha como meta a maior produtividade possível e a extração da maior quantidade de trabalho que a natureza humana permitisse, e como limite a sobrevivência imediata do trabalhador.

A generalização das condições de penúria é apontada como confirmada por várias pesquisas em documentos e relatórios de comissões parlamentares da época, sendo consenso que uma das mais abrangentes pesquisas da época foi a levada a efeito por Louis-René Villermé em meados do séc. XIX na indústria têxtil da França. (BARBAGELATA, 2002, p. 27)

As péssimas condições da massa trabalhadora na época são apontadas nos resultados das pesquisas de Villermé que descreve as características das condições de trabalho e de vida daqueles operários e operárias (inclusive crianças, ressalte-se). Embora o contexto tratado se refira à Inglaterra, cumpre esclarecer que no Brasil o padrão era igualmente penoso, inclusive não é difícil encontrar nos livros de história passagens que apontam a encomenda por fábricas brasileiras de máquinas adaptadas para o tamanho das crianças. Máquinas vindas da Europa para permitir a utilização mais produtiva da mão de obra infantil.

As principais características que das condições de sobrevivência das famílias dos trabalhadores durante a Revolução Industrial no Século XIX estão no resultado da pesquisa de Villermé. Seu relatório aponta precariedade em diversos aspectos que hoje no Brasil são finalidades do direito ao salário mínimo (Art. 7º, IV da CF/88) como alimentação, vestuário e moradia, além disso, aponta graves riscos à saúde e segurança dos trabalhadores (direito previsto atualmente no Brasil no Art. 7º, XXII da CF/88). Vejamos as conclusões do aludido relatório:

“a) A alimentação nas casas dos trabalhadores, durante a jornada de trabalho, era totalmente insuficiente.

b) As vestimentas da maioria dos operários e operárias, e especialmente das crianças, estava em estado deplorável.

c) A maior parte das casas e locais de trabalho não tinha um conforto mínimo, eram insalubres e perigosos.

d) O esforço exigido dos operários era excessivo, o qual, além de tornar o trabalho ‘em uma tortura’ admitiu Villermé, era presumivelmente causa da morte precoce dos mesmos.

e) Os salários eram muito baixos e, ainda, era pior no caso das mulheres e crianças, aos quais, inclusive para as horas extras, apenas se compensavam com algumas moedas.

[...]

g) As crianças eram submetidas ao mesmo horário de cumprimento dos adultos.

[...]

i) Além disso, para assegurar a disciplina e a produtividade nas oficinas se recorria a castigos corporais, abuso que também padeciam meninos e meninas.

j) Acidentes de trabalho eram frequentes e não havia nenhuma norma de proteção, ou paliativo por considerações humanitárias, mesmo no caso de crianças.

l) a insensibilidade dos empresários para a situação parecia ser a norma.” (BARBAGELATA, 2002, p. 28-29).

Barbagelata refere-se à alimentação descrita no relatório com base em múltiplas referências apontando a frequente falta de pão, e aduz que a totalidade da alimentação dos obreiros e pobres em geral era baseada apenas em batatas cozidas, o que lhes acarretava escassez de proteínas e vitaminas. Sendo que no que tange ao trabalho das crianças, o autor se refere a relatos de jornadas de crianças entre 12 e 16 horas de trabalho, possibilitada pelo advento de equipamentos mecânicos.

No que se refere à insensibilidade do empresariado, vale ressaltar que o embrutecimento da perspectiva daqueles expostos à livre concorrência lhes imprime na mundividência as características brutais de um modo de produção utilitarista, sem limites e indiferente aos valores morais e humanitários. Não se afirma peremptoriamente a ausência de opção diante da inexistência de regulamentação e de limites às condutas e obrigações “livremente” contratadas, mas se afirma de modo contundente a forte influência do sistema capitalista liberal no fomento e

propensão à formação do estado de coisas descrito (influência esta, descrita por Marx, Kurz e outros autores).

Ficou clara a deplorável situação da classe operária na Inglaterra e na França antes do surgimento do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito que viria a constituir determinada interferência do Estado nas relações jurídicas até então pactuadas o mais livremente possível entre empresários e trabalhadores, sujeitos estes submetidos a situações de fato e condições de vida naturalmente discrepantes e que, sem dúvida, influenciam nas opções de contratação, ou mesmo ausência de opções para um deles

Relatado o histórico europeu, procede-se na pesquisa pautando-se em bibliografias específicas sobre a história do trabalho no Brasil, para que se note que não há diferenças substanciais entre as condições da classe trabalhadora na revolução industrial europeia e na revolução industrial (tardia) brasileira a ponto de inviabilizar o estudo conjunto da realidade desses trabalhadores nos moldes da presente pesquisa.

Assim, quanto a essa impossibilidade de barganhar melhores condições de trabalho e a ausência de opção outra que não seja aceitar o contrato de trabalho que estivesse disponível ao operário no contexto da Revolução Industrial, Irany Ferrari aponta de pronto que embora a manufatura tenha perdido terreno aos poucos para a fábrica, ambas coexistiram (FERRARI, 2011, p. 41). E, portanto, mesmo na manufatura, as condições de trabalho não permitiam qualquer margem de liberdade para o trabalhador. É a situação descrita por Evaristo de Moraes Filho:

O artesão ou o camponês, que já haviam perdido inteiramente a sua independência econômica e que se achavam na realidade subordinados à vontade do capitalismo mercantil e eram por ele explorados, caíram por completo na categoria de operários assalariados na empresa do capitalismo industrial... Assistimos, assim, ao nascimento da manufatura. Nesta, trabalham os artesãos arruinados com os meios de produção pertencentes ao capitalista, subordinados por completo à sua autoridade. (MORAES FILHO Apud FERRARI, 2011, p. 40).

Como dito, a situação de penúria dos assalariados e a exploração sem limites de sua força de trabalho que se fez presente na Europa com o advento da Revolução Industrial, não se limitou àquele contexto espaço-temporal. No Brasil, a situação era também muito desfavorável a sobrevivência da classe trabalhadora antes do advento de qualquer legislação protetiva do trabalhador.

Cumprido relatar o contexto social em que estava inserida a classe trabalhadora no início do século XX, que Adalberto Cardoso adjetivou como “moinho satânico que era o capitalismo moderno brasileiro em gestão em 1912”. Cardoso baseia-se em dados do censo para apontar a média dos salários dos trabalhadores, homens, mulheres e crianças em São Paulo durante o

período em milhares de réis por dia de trabalho. Aponta valores entre 3,6 a 6,3 para homens; 1,7 a 4 para mulheres e; 1,1 a 2,1 para crianças (CARDOSO, 2010, p. 158).

Tendo como parâmetro cidades de São Paulo (Amparo, Campinas, Lençóis, Jaú e Bauru, com salários rurais entre 2 e 4 mil-réis por dia) bem como o Rio de Janeiro para fins de aferição do custo de vida, em especial, alimentação e moradia, em comparação com os salários médios do período, conclui Cardoso que salários urbanos e rurais, compartilhavam característica semelhante: eram todos irrisórios em comparação com o custo de vida. Nesse ponto, a clareza da explanação do aludido autor impõe citação direta dos dados que são deveras esclarecedores no que tange à exploração do trabalho no Brasil em 1912.

Assim, no mesmo ano de 1912, no Rio de Janeiro, o gasto mensal, **apenas com alimentação**, de uma família de classe média com sete membros era de **43 mil-réis por pessoa**, ou o equivalente à metade do salário mensal de um operário não qualificado. O aluguel de um cômodo com tamanho variando **entre seis e nove metros quadrados** valia, no mesmo ano, **40 ou 50 mil-réis** por mês **no interior** do Brasil, **e em São Paulo** um cômodo das mesmas dimensões **em um cortiço** no Brás **chegava a 70 mil-réis por mês, e a 100 mil no centro do Rio de Janeiro**. Ou seja, um operário têxtil paulista precisava trabalhar pelo menos 15 dias, de 10 a 13 horas por dia, apenas para pagar o aluguel de um cubículo de alguns metros quadrados. Se fosse mulher, maioria na força de trabalho industrial, seu soldo mensal, em muitos casos, não seria suficiente para tanto. E isso, num momento em que os industriais paulistas reclamavam de carência de braços para uma indústria têxtil em franca expansão, o que fazia esperar maior poder de barganha do operariado desse setor industrial

[...]

E de fato, passado o período de maior escassez de braços para a indústria têxtil, a renda do trabalho foi perdendo valor vis-à-vis o custo de vida. Em 1917, quando a greve geral que parou São Paulo por vários dias, os salários médios daquela indústria tinham o valor nominal muito próximo aos de 1912/1913, contra um aumento de 69% no custo de vida. (CARDOSO, **grifo nosso**, 2010, p. 159-160).

Convém recordar que o Brasil a que se refere Cardoso tinha acabado de abolir o uso legalizado de mão de obra escrava, o que teve influência no modo de pensar da época, e reflexos no tratamento dado àqueles que disponibilizavam sua força de trabalho em favor dos detentores dos meios de produção.

Diante de salários tão baixos, que implicavam condições de vida extremamente precárias, Cardoso aponta os altos índices de mortalidade infantil no período, bem como uma baixa expectativa de vida das mulheres, que como ele ressaltou, eram a mão de obra mais abundante nas fábricas, especialmente em razão de seu baixo custo. Vale ressaltar que é assustador para os padrões da atualidade observar os dados sociais anteriores à criação do Direito do Trabalho, veja que “a esperança de vida ao nascer das mulheres no país como um todo era de 34,6 anos em 1910 e de 37,7 anos em 1930. Para os homens, as taxas eram de 33,4 e 35,7 anos respectivamente.” (CARDOSO, 2010, p. 161)

É nesse ponto que fica cristalino o colapso do modelo liberal de regulamentação das relações privadas a partir do ponto de vista da sociedade e especialmente a partir da promessa de que todos nesse regime seriam iguais perante a lei e livres em suas contratações. Nesse ponto, o contrato, instrumento de exercício de direitos e obrigações no âmbito da atividade econômica a partir do prisma jurídico inerente ao Estado liberal, passa a ter mitigada a quota de liberdade que lhe era tradicionalmente essencial em razão do exercício do poder de fato pela parte hiperssuficiente. Restou, portanto, no liberalismo, indevidamente restringida a liberdade contratual para a generalidade das relações travadas em ambiente de desigualdade fática, social ou econômica (inclusive a trabalhista), como fica claro nas lições de Sombra com base no contexto europeu.

Em determinado momento, por força da total ausência de intervenção do poder estatal, as relações contratuais passaram a ser travadas em manifesta desigualdade de condições, afinal, o próprio Code Civil conferia relativa proteção a essas situações. A prevalência do poderio econômico nas relações sociais, cujo exercício esteve intrinsecamente vinculado aos preceitos de liberdade defendidos pelo liberalismo, representou ao longo desse contexto histórico uma sensível e paradoxal restrição dos princípios da liberdade e da igualdade. Ingerências, que até então, sempre haviam sido praticadas pelo Estado, passaram a ser cometidas pelos próprios cidadãos em suas relações sociais. (SOMBRA, 2011, p. 15).

Esse modelo liberal, permitiu a banalização de tamanha atrocidade no âmbito das relações privadas, tanto no contexto europeu, quanto posteriormente, no contexto brasileiro. A consequência de desigualdade fática era oriunda de uma proposta de modelo de Estado que se abstinha de fazer uso do seu poder centralizado em contra os cidadãos, como nos períodos absolutistas costumava ocorrer. Ou seja, um estado abstencionista, que não pode abusar do poder contra o cidadão (protegido pela constituição), e não interfere nas relações dos particulares.

Diante das atrocidades perpetradas pelo Estado na Europa (no Brasil podemos nos referir aos privilégios conferidos pelo Império aos amigos da Coroa, em detrimento de grande parcela da classe média e dos cidadãos em geral que desejosos de ter maior participação nos rumos do país apoiavam a proclamação da república em 1889), idealizou-se um modelo de relação entre sociedade e Estado em que este não interferisse no livre desenvolvimento daquela, que gozaria de igualdade entre seus cidadãos para o exercício da liberdade. Porém na prática as relações privadas não se tornaram tão salutares quanto essa ideologia liberal pregou que seriam. Ao contrário, cada vez mais imperava o poder privado, preenchendo o papel de algoz do qual o Estado relativamente se afastara.

Os motivos da prática não ter funcionado como havia sido previsto na teoria, Sombra atribui à pulverização dos centros de poder, ou seja, à distribuição de poder de diversas espécies

entre alguns particulares, que puderam passar a utilizá-lo para realizar contratações privilegiadas objetivando se locupletar. O que ocorria sem que a Lei criasse obstáculos substanciais.

Nessa toada o aludido autor diz que “Os centros de poder, até então nas mãos do Estado e da burguesia, foram gradativamente pulverizados por toda a sociedade e o espírito democrático acentuou-se a medida que a distância entre Estado e a Sociedade diminuiu” (SOMBRA, 2011, 49). Vale lembrar que falar em centros de poder, em parte é falar de porções de capital acumulado nas mãos de um (ou alguns) particular (es), e a relação dessas porções de capital acumulado com uma quantidade substancial de força de trabalho se forma em contornos mais vultosos de modo que se intensifica com a revolução industrial.

Gerou-se um contexto social que exigia leis protetivas, mas a ideologia prevalecente sugeria que esse ambiente de liberdade sem leis protetivas reforçava o espírito democrático e traria prosperidade no futuro. Aqui no Brasil, na década de 1920 nota-se o início de produções legislativas de cunho voltado para o social e para a proteção do trabalhador, período em que foi promulgada v.g. a Lei Eloy Chaves de 1923.

As leis trabalhistas promulgadas nas décadas de 1920 e 1930 acabam por ser aperfeiçoadas, sistematizadas e compiladas na CLT em 1943 (Decreto-Lei 5.452 de 1º de Maio de 1943), o que alçou o Brasil ao patamar de um dos países com a legislação trabalhista mais avançada do mundo, porém a CLT, embora muito necessária e salutar, passou longe de sanar todos os problemas que assolavam o operariado brasileiro.

Houve muitas dificuldades para conferir-lhe efetividade. Apesar de com um documento jurídico avançado e sofisticado em vigor, a força de trabalho se deparava á época com um governo duríssimo com suas reivindicações com Segadas Viana a frente do Ministério do trabalho (FRENCH, 2001, p. 41), Uma Delegacia Regional do Trabalho (órgão vinculado ao Ministério do Trabalho incumbido da fiscalização das condições de trabalho) de baixa eficiência e pouco pessoal, sendo que em São Paulo, John French retrata tal órgão como publicamente acusado de ser um pântano de corrupção, negociatas e ineficiência administrativa (2001, p. 49) e um Poder Judiciário que se esforçava para atender os interesses dos industriais de São Paulo em suas decisões (2001, p. 44), que eram frequentemente contrarias aos trabalhadores.

Mas uma visão prevenida contra equívocos acerca da CLT deve ser ampla e contemplar diversas perspectivas, pois se French deixa claro que para muitos autores a CLT não foi criada para ser cumprida a risca, sendo “para inglês ver” (p. 53), como se pode notar inclusive nas declarações de Segadas Viana (apesar de sua oscilação pautada em posição política especialmente com relação a Vargas), mais a fundo em sua pesquisa, ele deixa claro também que

a CLT foi de importância fundamental na formação da consciência da classe trabalhadora e na viabilização das lutas sindicais.

Não bastasse esse efeito simbólico e mais social (ou de pauta da estratégia sindical de defesa dos trabalhadores) que propriamente uma eficácia jurídica mediante aplicação judicial e fiscalizatória, a CLT também constituiu trunfo na mão dos trabalhadores, que embasaram suas reivindicações na necessidade do fiel cumprimento da lei.

[...]a legislação social e trabalhista outorgada pelo governo aos operários de maneira tão benevolente transformou-se a seguir num direito legal, e quando um operário exige que ela seja cumprida, “a relação original de ‘outorga’ (ou seja, de dependência) desaparece. O que passa a contar é que o cidadão está exigindo o cumprimento da lei, que ele exige ‘seus direitos’ como homem livre”. (FRENCH, 2011, p. 64).

Portanto, não há que se desvalorizar a CLT como instrumento de concretização dos direitos dos trabalhadores em razão de sua inicial ausência de eficácia social ou de qualquer que seja a intenção do governo que a promulgou, sendo ela ressaltada por French como “uma das principais especificidades do processo de formação da classe trabalhadora no Brasil” (2001, p. 66) e que é de suma relevância para qualquer grupo social ter a lei ao seu lado (p. 67).

A ocorrência de incrementos de poder do setor industrial (entre outras categorias econômicas nos setores de comércio, serviços, etc.) ocorre em vários momentos na história do Brasil, seja de maneira gradual ou com rompantes acompanhados por crescimento econômico do país, como no período do Governo de JK de 1956 a 1961 (FERREIRA, 2006, p. 10), pois antes o desenvolvimento da indústria estava muito vinculado ao incentivo do governo e dos donos de terra, mas com a abertura do mercado para o capital internacional no governo de JK (que posteriormente influenciaria o aumento dos índices de inflação) os centros de poder se multiplicaram com a vinda de indústrias multinacionais – cuja produção em alguns setores chegou a aumentar em 600% durante o período (SILVA, 201?) –, a exemplo das montadoras de veículos, o que vai tornando com o passar do tempo, cada vez mais necessária nossa legislação trabalhista.

Quando se tem em mente a relação trabalhista, marcada pelo poder financeiro, político e social patronal contrastado pela hipossuficiência do trabalhador surge *prima facie* a necessidade de mudanças drásticas nos parâmetros aparentemente bem-intencionados do liberalismo, o que ocasiona a gradual superação do Estado Liberal para o advento do Estado de Bem-Estar Social.

Nesse modelo de Estado, passa a fazer sentido a interferência do Estado nas relações privadas, assim como a eficácia dos Direitos Fundamentais em face dos particulares, pois esses direitos protegem o cidadão em face do poder do Estado, e como o poder viera a mudar de

titularidade, nada mais coerente que a extensão desse mecanismo de proteção já então juridicamente consolidado.

A evidência da necessidade de interferência do Estado para a promoção da igualdade e da liberdade nos remete tanto à teoria dos quatro status dos direitos fundamentais de Georg Jellinek no que tange ao status positivo, ou seja, de promoção pelo Estado dos valores consagrados em tais direitos fundamentais (como bem elucida Robert Alexy em seu clássico *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017), bem como nos remete à celebre frase de Henri Dominique Lacordaire: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”⁵. Sendo essa reestruturação do Estado Liberal descrita por Sombra, vejamos:

O Estado Social, enquanto resultado da reestruturação histórico-dialética do Estado Liberal, destaca-se, pois, pela atuação nas duas vertentes de maior descaso por parte deste último: a concretização do princípio da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares. (SOMBRA, 2011, p. 24).

Entretanto, essa mudança, com maior atenção à igualdade material (ou seja, aquela que busca garantir no plano fático a igualdade entre os indivíduos, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades – aqui parafraseando as belas palavras de Ruy Barbosa –) e também à liberdade material (e não meramente formal como cidadão livre perante a lei) não ocorreu rapidamente, pois os ideais liberais ainda reverberaram muito além do território europeu, produzindo influências justamente no contexto de penúria da classe trabalhadora no início do século XX (período no qual descrevemos a realidade de penúria do trabalhador brasileiro).

Exemplo de como essas ideias influenciaram o governo brasileiro está nas palavras que compõem o veto do político baiano, então vice-presidente no exercício da presidência Manuel Vitorino Pereira, ao projeto do senador Moraes e Barros que tratava do labor agrícola.

Segundo o princípio da igualdade perante a lei (art. 72, §2º da Constituição), a locação de serviço agrícola deve ser regulada pelos princípios de direito comum e não por um regime processual e penal de exceção. Nas sociedades civilizadas a atividade humana se exerce em quase toda as suas formas sob o regime de contrato. Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 72, §2º da Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir, como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo seus efeitos. (PEREIRA Apud NASCIMENTO, 2011, p. 139-140)

Chama a atenção no referido veto (entre 1896 e 1897), o rigor das palavras numa reação conservadora que vai de encontro as ideias que modernizariam aquele tempo (período liberal do

⁵ Proferida em: *Conférences de Notre-Dame de Paris*, Henri Lacordaire, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246. Fonte: Disponível em < https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri_Dominique_Lacordaire>.

final do século XIX e início do século XX) mediante a promoção dos direitos que já estavam consignados nos mais diversos ordenamentos jurídicos mas que careciam de efetividade e inclusive de mecanismos de promoção dessa efetividade (sendo que dentre esses mecanismos, que viriam a amenizar o sofrimento das classes mais necessitadas e, portanto, mais frágeis social e economicamente naquele período – v.g. os operários – estaria justamente o Direito do Trabalho.)

Essas reações, como consta da citação, estavam ligadas a um conceito de sociedade civilizada que não levava em conta as péssimas condições de vida das classes menos favorecidas e fechava os olhos para a questão social. Nesse contexto, os mais ricos e o próprio Estado se beneficiavam do aumento dos níveis de acumulação do capital em detrimento daqueles que com seu suor e sangue contribuía grandemente para a produção das riquezas, e, percebendo essa forte influência ideológica exercida pelo liberalismo na época, que Amauri Nascimento nos adverte que “qualquer medida legislativa de regulamentação do trabalho humano podia ser interpretada como séria restrição à autonomia da vontade e incompatível com os princípios considerados válidos para a plena emancipação nacional” (NASCIMENTO, 2011, p. 140).

Não obstante tamanha resistência ideológica por parte dos adeptos da teoria liberal, paulatinamente, por influência inclusive do advento do Estado de Bem-Estar Social na Europa, inclusive com a constitucionalização do Direito do Trabalho especificamente nas constituições do México de 1917, da Alemanha (Constituição de Weimar) de 1919, da Espanha em 1931 e do Uruguai em 1934 (BARBAGELATA, 2002, p. 88-89), alguns diplomas legislativos passaram a gradativamente regular as relações de trabalho impondo, ainda que inicialmente numa medida insuficiente, limites à exploração desmedida da força de trabalho – que no dizer de Orlando Gomes se via limitada genericamente pela ordem pública e pelos bons costumes (SOMBRA, 2011, p. 12), sem olvidar que tais conceitos abertos se mostram, nas referências consultadas nessa pesquisa, interpretados com base nas noções da época e influenciado pelos interesses dominantes.

No caso brasileiro, quanto aos diplomas legislativos da época, que destacam essa mudança de paradigma na qual a regulamentação das relações laborais passa a ter seu centro de gravidade cada vez mais na pessoa e menos no patrimônio de expressão predominantemente econômica, mister fazer referência: a) ao Dec. 1.313 de 1891 abrangendo temas como jornada e trabalho do menor; b) o Dec. 1.150 de 1904 sobre labor rural; c) O Código Civil de 1916, que regulamentava relações de trabalho sob a designação jurídica de locação de serviços partindo ainda da perspectiva liberal de que tais relações poderiam ter tratamento idêntico ou similar às demais

relações civis, como aquelas entabuladas entre dois comerciantes que guardam, cada um, nível razoável de autonomia, especialmente financeira; d) A Lei n. 4.682 de 1923, Lei Elói Chaves (NASCIMENTO, 2011, p. 142-144), abordando normas híbridas, pois situadas entre o Direito Trabalhista e o Direito Previdenciário, porém de todo modo, trata-se de lei constantemente referida como uma das primeiras e mais relevantes por seu caráter vanguardista no que tange à previsão legislativa de Direitos Sociais.

Nascimento ainda faz referência à: Lei 4.982 de 1925 sobre Férias e ao Dec. n. 17.934 de 1927, que embora tratasse de diversos temas inerentes à proteção de menores, abordava também o tema da proteção laboral para estes (NASCIMENTO, 2011, p. 144). O referido autor se abstém de discutir quais os fins visados por Getúlio Vargas (entre várias teses levantadas por historiadores do trabalho, como a da outorga desinteressada ou a da artificialidade da criação de leis trabalhistas por Vargas que não teriam sido fruto de luta operária – do que discorda veementemente Evaristo de Moraes Filho (p. 84) – French ressalta que foi uma estratégia para obter uma base social para a manutenção do poder em torno da figura de Vargas e que embora tenha favorecido o desenvolvimento do capitalismo no Brasil e fomentado a organização operária, não tornou os movimentos sindicais nem agradecidos nem inautênticos, como sustentam as teses da outorga e da artificialidade (2001, p. 92-93)) com tais diplomas legais, mas reitera a influência dos movimentos sociais e da superação do modelo liberal de Estado no exterior.

A ação dos trabalhadores e os movimentos sociais já descritos levaram o Estado a tomar posição, facilitada pelas novas ideias inspiradas nos ideais que se difundiram nos outros países, voltados para a melhoria das condições dos trabalhadores e para a realização da justiça social. (NASCIMENTO, 2011, p. 145)

Diante dessas mudanças, resta incontestável a necessidade de proteção daqueles operários que tinham suas relações laborais pactuadas com extrema penosidade para esses prestadores de atividade laboral extenuante e insegura. Tal penosidade implicava desgaste físico, péssimas condições de vida, sofrimento, diminuição da expectativa de vida, alto índice de acidentes de trabalho, mortalidade infantil, proliferação de doenças, além de implicar indiretamente problemas sociais de expressão coletiva ao atingirem proporções mais vultosas da coletividade operária.

Se necessidade prática havia, como se justificava cientificamente uma contratação com características diferentes do ponto de vista científico? Em outras palavras, como a ciência do Direito podia explicar que a troca de um bem (móvel, imóvel, semovente, etc.) por outro (ou por quantia pecuniária) deveria merecer um tipo de regulamentação, enquanto a troca do

serviço/labor por pecúnia (que não deixa de ser expressão monetária de bens materiais) seria regida por normas diferentes?

Essa é uma questão crucial para que se possa compreender o que é o Direito do Trabalho e qual seu papel no ordenamento jurídico, e portanto, como é e como não é possível interpretar as modificações oriundas da Reforma Trabalhista de 2017. José A. Rodrigues Pinto destaca que tal mudança de perspectiva jurídica tem como ponto inicial e indispensável o elemento intelectual, que inclusive precedeu a Revolução Industrial mas que é parte singular desse fenômeno diretamente relacionado ao surgimento e à evolução do Direito do Trabalho, a ponto dele afirmar que a Revolução Industrial fez com que se encarasse a prestação individual de trabalho em proveito de outrem de uma nova maneira (2003 p. 27-28).

Quanto a essa nova maneira, cumpre adiantar que Alain Supiot (1996) atribui tal peculiaridade ao elemento humano presente nessa relação. Mas para não levar o leitor ao equívoco de que há uma evolução linear e precisa, cumpre ressaltar alguns pontos de resistência a esse progresso no início da evolução justrabalhista ocorrida no Brasil.

Os aludidos pontos de resistência são ideologias, correntes de pensamento e legislações que, mesmo após a edição de leis trabalhistas remetem a ideais contrários à valorização do trabalho, na esteira do pensamento liberal/neoliberal. É ao que Amauri Nascimento alude ao abordar a evolução da produção legislativa trabalhista no Brasil, pois ele se refere à constituição de 1946, de cunho social democrático, como também instituidora de medidas de natureza neoliberal, o que a colocaria em relativo confronto com o pensamento que mais influenciou na edificação da CLT.

Sendo que o autor faz referência ainda à política econômica de 1964, na qual as “leis trabalhistas passaram a ter um caráter econômico, subordinadas às metas prioritárias, dentre as quais o combate à inflação” (NASCIMENTO, 2011, p. 147). Passando pela Constituição de 1988, ele ainda nos adverte em 2011 sobre o que estaria por vir.

Os avanços na tecnologia com a informatização de inúmeras atividades, o aumento do desemprego e a internacionalização da economia e da competitividade entre as empresas, criou condições para que se refletissem no Brasil as tendências de flexibilização do mercado de trabalho e a abertura de portas para a redução da rigidez das leis trabalhistas.

[...]

Há um movimento flexibilizador das leis trabalhistas em nosso país, e não está sendo iniciado, agora. (NASCIMENTO, 2011, p. 149-150)

Cumpre ressaltar, entretanto que nem todos esses instrumentos de flexibilização vingaram na sociedade brasileira, mas essa ideologia economicista de viés não trabalhista já exercia forte influência no Brasil durante o período de implantação e aperfeiçoamento do Direito do Trabalho

descrito por José A. Rodrigues Pinto, período que iniciou em 1930 e findou em 1964 com a criação de Ministérios e Legislações, ambos voltados para as relações trabalhistas (2003, p. 43), ressaltando que, como visto, John French chama a atenção para a baixa efetividade de muitas medidas legais trabalhistas durante o aludido período.

Embora tenham sido vários os mecanismos de flexibilização e alguns possam ter surtido efeitos, podemos citar outros que certamente não obtiveram a aceitação esperada pelo legislador, como o trabalho em regime de tempo parcial criado em 1999 e previsto no art. 58-A da CLT (que foi modificado pela Reforma trabalhista de 2017), bem como o trabalhador contratado por empresa de trabalho temporário previsto na redação original da Lei 6.019/74. São exemplos que indicam a probabilidade de uma baixa eficácia social das flexibilizações estabelecidas pela Reforma Trabalhista de 2017.

Não obstante, os efeitos da crise mundial que afetou o Brasil entre 2013 e 2014 poderão vir a ser um fator diferenciador apto a conferir eficácia social a essas normas, o que até 2018 não ocorre. Pode-se atribuir a baixa eficácia social da reforma à forte crise político-econômica e à recessão que reduziu a criação de empregos fazendo com que a criação de postos de trabalho precarizados, a exemplo do intermitente, proporcionalmente constituam parcela significativa dos postos de emprego gerados. Apesar disso, o fato é que continua sendo a regra na sociedade brasileira a utilização do tradicional contrato de emprego por tempo indeterminado.

Afirmar a ineficácia dessas medidas flexibilizantes não é negar as repercussões do já referido movimento flexibilizante, que se implementou muito mais pela terceirização, mesmo sem sequer ter previsão legislativa até 2017, tendo sido regulamentada até então pelo disposto no enunciado da súmula 331 do TST, que havia estabelecido parâmetros para esse fenômeno altamente difundido no Brasil com base na liberdade de contratar e na ausência de proibição legal. Ressalte-se que hoje, com a Lei 13.429/2017 que alterou a Lei 6.019/74 a terceirização passou a ter previsão legal que permite sua realização em qualquer atividade econômica, seja atividade meio ou atividade fim, inclusive a terceirização em cadeia (quarteirização).

Continuando a tratar da aludida mudança de paradigma da legislação, diante da relevância das peculiaridades da relação jurídica laboral (como a proteção da dignidade da pessoa humana, caráter instrumental de acesso à direitos, caráter instrumental de qualificação da Dignidade pela ocupação de um posto socialmente útil, caráter finalístico de garantia da subsistência, caráter finalístico de produção social, caráter finalístico de participação no processo de produção e desenvolvimento e o conseqüente direito de contribuir para o progresso da nação – direito ao trabalho – e etc.) e da compreensão de sua singularidade em razão dessas características, bem

como aferição de suas consequências, mister abordar de modo mais aprofundado tal aspecto de singularidade da relação laboral.

Ressalte-se que não se pode deixar de destacar a inclusão dessas características instrumentais e finalidades do labor na ordem constitucional brasileira. Tal destaque se volta a precaver o leitor de eventuais equívocos que possam ser ocasionados por uma interpretação isolada das medidas flexibilizantes presentes na reforma trabalhista, tornando o novo conteúdo normativo trabalhista incoerente com a evolução do pensamento do Direito do Trabalho, e conseqüentemente incoerente com sua gênese e com sua historicidade. Deve-se ter em conta sempre a teleologia do Direito do Trabalho e o modelo de Estado no qual sua disciplina normativa está inserida.

3.2.2 Aspectos predominantemente teleológicos

Continuando a presente fundamentação a partir do mesmo procedimento de abordagem cronológica que prima pela ordem temporal dos acontecimentos evolutivos das relações de trabalho e das normas trabalhistas, iniciou-se uma análise da perspectiva doutrinária geral, considerando, portanto, o contexto mundial, no qual os acontecimentos relevantes para o surgimento e evolução do direito do trabalho ocorreram primeiro numa abordagem cronológica, para posteriormente especificar essa análise no que tange à conjuntura brasileira das relações trabalhistas e sua normatividade, que ocorreu num momento histórico posterior.

Convém, portanto, partir da gênese do Direito do Trabalho no âmbito Europeu. E nesse ponto esclarece Alain Supiot que a origem do tratamento jurídico das relações intersubjetivas que envolvem o trabalho por conta alheia (aquele que não é o trabalho para si mesmo, mas o trabalho por conta de outrem, cujo resultado do serviço se constitui em favor de um tomador/favorecido que não é aquele que executa a atividade, ou seja, não é o trabalhador o proprietário dos frutos do trabalho por ele realizado) está ligada a duas concepções distintas de tratamento dessa relação jurídica, a concepção romanista e a concepção germânica. (SUPIOT, 1996, p. 32)

A forma romanista leva em conta o aspecto volitivo na relação e aproxima a relação do direito das obrigações, sendo ela regulada por um contrato correspondendo ao pensamento econômico liberal. Por sua vez, a concepção germânica aproxima essa relação daquelas relativas a vínculos familiares, correlacionando a relação trabalhista a um vínculo de fidelidade dentro de

uma estrutura que remete a uma mesma comunidade ou organização corporativa. (SUPIOT, 1996, p. 32)

O jurista francês destaca que era impossível limitar a relação de trabalho a uma noção jurídica unitária, definindo-a como uma relação que se devia elaborar a partir das noções de contrato e de instituição, ou seja, das culturas romana e germânica. Ele frisa que em muitos países da Europa, o contrato ou relação de trabalho é fruto de uma combinação de ambas as culturas (SUPIOT, 1996, p. 38).

Na mesma toada, adverte que o discurso predominante é que a cultura romana prevaleceu em detrimento da germânica, pois essa segunda seria inconsistente. Porém afirma com vigor, que a concepção romana da relação de trabalho não poderia sobreviver nos diferentes ordenamentos jurídicos europeus se não fosse incorporando certos aspectos da concepção germânica, mormente a dimensão pessoal do compromisso do trabalhador (SUPIOT, 1996, p. 44-45). Arremata tal passagem ao se referir à concepção doutrinária majoritária da segunda metade do século XX de que em todos os países europeus se concebeu uma síntese não estável e não uniforme dessas duas culturas, a romana e a germânica, e Supiot posteriormente ainda destaca novamente que isso ocorre em todos os países europeus (1996, p. 48).

Supiot, passando ao largo de embates ideológicos, na construção de uma visão contemporizadora, afirma que esses pares de conceitos antinômicos correspondem a uma ambivalência estrutural da relação de trabalho que é impossível de erradicar. Pois, para ele, o trabalho humano se encontra justamente na zona cinzenta entre o homem e os bens/coisas, sendo que o jurista sempre ficará em dúvida ao situá-lo em um desses dos campos, o das pessoas ou o dos bens, e não poderá evitar totalmente um desses dois aspectos. Haverá sempre uma tensão entre categorizá-lo no direito das obrigações ou remetê-lo ao direito das pessoas (SUPIOT, 1996, p. 48-49).

Como já se afirmou, o contrato de trabalho ocupa uma posição intermediária ao reger uma relação jurídica situada entre o direito das coisas e o direito das pessoas, e nesse ponto, Supiot afirma que sempre se deve ter em conta dois aspectos: o do trabalho como bem, ou seja, como objeto de direito, e o do trabalhador como pessoa, como sujeito de direito. Afirma inicialmente ser possível deslocar o centro de gravidade da análise jurídica, para situa-lo do lado do trabalho, ou do lado do trabalhador (SUPIOT, 1996, p. 63). Porém, posteriormente o jurista francês apresentará conclusão dessa análise evolutiva que é de extrema relevância para que se entenda o escopo do Direito do Trabalho e a direção e motivos de sua evolução, dessa conclusão, convém citar diretamente.

“La historia de derecho del trabajo há sido la de um redescubrimiento progresivo de la dimensión personal de este bien, lo que conduce a situar em um primer plano, no ya al trabajo como um bien, sino al trabajador como sujeto de derecho.” (SUPIOT, 1996, p. 64)

Destacando o caráter decisivo da essência humana do trabalhador, que figura nessa relação jurídica trabalhista de modo a lhe conferir status jurídico diferente daquele conferido às relações jurídicas que lidam apenas com coisas/bens, Supiot aponta a posição ocupada por essa pessoa, sujeito de direito, que é o trabalhador, sendo que a posição apontada não é simplesmente de um contratante, mas, paradoxalmente, de objeto mesmo deste contrato, haja vista que não há como destacar a própria pessoa do trabalhador da obrigação principal intrínseca àquela contratação que é justamente a prestação do serviço; e Supiot afirma que ele ocupa, portanto, a posição de objeto do contrato com base nas lições de G. Baudry-Lacantinerie (SUPIOT, 1996, p. 73).

Lacantinerie destaca que “a única diferença de natureza entre o arrendamento de coisas e o arrendamento de serviços é que este recai no primeiro caso em um objeto, e no segundo na pessoa mesma do arrendador” (Apud SUPIOT, 1996, p. 73). E combinando essas lições com a referência a previsão legal do próprio código civil (que indica a pessoa do trabalhador como objeto do contrato) Supiot afirma o caráter indissolúvel do prestador e da prestação.

Porém a tradição romana ocultava o trabalhador enquanto objeto, se prendendo ao serviço e apontando o objeto do contrato como uma coisa, essa coisa seria o fazer, ou seja, a prestação do serviço. E diante disso Supiot questiona: “Mas que coisa é essa cujo uso concede o próprio trabalhador?” (Apud SUPIOT, 1996, p. 73). Observe que o trabalhador, enquanto intrinsecamente ligado ao objeto do contrato, que é a prestação do serviço (tal prestação só ocorre quando o empregado, ao menos indiretamente, submete seu corpo às diretrizes e obrigações oriundas do contrato de trabalho) temos a situação peculiar de o objeto mediato do contrato de trabalho opor em face do contrato e do outro contratante direitos por ele titularizados (sejam eles os direitos fundamentais ou os direitos da personalidade) que limitam as cláusulas contratuais e a execução do contrato, formando uma situação jurídica *sui generis*.

Para justificar a adjetivação do elemento “pessoa do trabalhador” com seu caráter humano no cerne do objeto contrato de trabalho sob o termo “mediato”, indispensável abordar a disciplina de Rodrigues Pinto sobre o objeto do contrato de trabalho, porém aproveitando o ensejo, buscar-se-á complexificar e sistematizar tal escólio tendo em vista as lições dos demais autores consultados num processo autopoietico de ressignificação com pretensões evolutivas na matéria.

Rodrigues Pinto, tal qual demonstrado *a priori* nas lições de Supiot, observa no contrato de trabalho o caráter complexo do seu objeto. Propõe ele a divisão em um objeto em sua pureza imediata, que é a energia humana do trabalhador (objeto imediato, esse nunca passível de ilicitude, pois permitido pelo ordenamento jurídico) e um objeto mais próximo do direito (objeto mediato, que poderá ser eivado de ilicitude quando a destinação dada à energia de trabalho contratada for contrária ao Direito). Assim, pautado nas lições de Carnelutti e de Beviláqua, ele destaca que é o critério de direção dado pelo empregador ao aplicar a força de trabalho contratada num fim empresarial contrário ao direito, que poderá eivar o objeto do vício da ilicitude (2003, 178-180).

Nessa toada, Pinto destaca a hibridez do elemento “causa de contratar” (situado, para ele, ao lado do consentimento), que em suas palavras “precede ao objeto, mas se aloja no seu coração, daí tão facilmente ser com ele confundida” (2003, p. 182). Na presente pesquisa, toma-se posição no sentido de que a causa pode fazer parte do objeto ou não. Pautando-se na ratio do Direito Administrativo, é possível afirmar que a causa enquanto motivo/razão interno e não manifestado (elemento subjetivo) do contratante, não comporá o objeto do contrato de trabalho.

Porém, partindo das lições de Heidegger (2009) acerca da ontologia como compreensão do ser, do conhecimento ôntico como o conhecimento do ente e da constatação da compreensão pré-ontológica quando ainda não se atingiu a compreensão do ser (p. 215), tudo isso considerando que a verdade ontológica é possibilitadora da verdade ôntica (p. 219) (conceituando com extrema singeleza diante do esoterismo das lições do eminente filósofo alemão e, portanto, sem pretensão de extrema precisão técnico-filosófica, o ser como a essência da pessoa humana, o ente como o outro percebido pelo intérprete da realidade e o ser-ai como o próprio intérprete da realidade que existe faticamente), propõe-se por analogia a tripartição do objeto mediato do contrato de trabalho.

O objeto mediato pré-ontológico é a causa de contratar em seu estado subjetivo e não manifestado, de modo que não corresponde à realidade constatável e se apresenta como um objeto impróprio do contrato de trabalho. Por sua vez, o objeto mediato ontológico é a causa manifestada ou exteriorizada ainda que de modo implícito no contrato de trabalho, tendo relevância para o direito por precisar estar pautado pela boa-fé objetiva, de modo que uma contratação (assim como a dispensa) não pode se dar com fins discriminatórios, a exemplo da finalidade de “claramente” rebaixar, ofender ou humilhar o prestador do serviço. Por fim, o objeto mediato ôntico é a submissão da pessoa do trabalhador à contratação na qualidade de objeto indissociável da prestação do serviço contratado, estando necessariamente ligado ao

objeto imediato. Destarte, quando se falar em objeto mediato do contrato de trabalho, estar-se-á fazendo referência ao objeto mediato ôntico do contrato de trabalho.

Contra quem deseje contestar a participação mediata do prestador da atividade laborativa no objeto desse contrato ou dessa relação jurídica apesar de todos os argumentos elencados com base nas lições de Supiot, a apresentação do conceito de objeto de uma relação jurídica formulada por Clóvis Beviláqua afastará tal resistência injustificada, pois ele definiu como objeto “o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica” (BEVILÁQUA Apud PINTO, 2003, p. 178), o que deixa claro que tal construção científica é coerente com o ordenamento jurídico em sua inteireza, e não apenas com o direito do trabalho.

E não bastasse, o caráter humano desse objeto é destacado também por Orlando Gomes, que convém citar *in verbis*, para além de fortalecer o argumento, destacar que no que há divergência, o presente trabalho adota a relação de consequência descrita por Supiot, de que o elemento humano que é a causa da legislação trabalhista com suas peculiaridades, e não o inverso.

Mas, a singularidade de ser o contrato de trabalho negócio jurídico que se não limita a estabelecer vínculo obrigacional entre duas pessoas, mas o instrumento de integração do trabalhador na empresa, deve ser levada em conta na sua conceituação e vicissitudes, com interesse igual ao dispensado à particularidade da predominância do fator humano, de cujo reconhecimento resultou a política legislativa de proteção à pessoa do trabalhador. (GOMES, 1979, p. 95)

Diante dessa constatação, imprescindível destacar a singularidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico brasileiro, e para diversos diplomas legais, constitucionais e tratados internacionais ao redor do globo. O valor intrínseco relacionado à pessoa humana, que é a pessoa natural, e não objeto de ficção jurídica. Na atualidade, dada a ampla aceitação da existência da dignidade da pessoa humana, se pode arriscar até mesmo prescindir de qualquer argumentação jurídica para justificar que o ser humano possui valor (carga axiológica) intrínseco(a). Pois tal conclusão, antes de inserida no âmbito do direito, encontra-se incrustrada na tradição e na filosofia que domina o pensamento ocidental, que considera o ser humano como possuidor de dignidade.

Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade). (SARLET, 2012, p. 102)

Nas lições de inúmeros doutrinadores brasileiros como Luis Barroso, Daniel Sarmento e Ingo Sarlet, é a teoria de Kant o ponto de partida dos estudos mais aprofundados que buscam a compreensão acerca da origem, desenvolvimento e significado da Dignidade da Pessoa Humana.

O filósofo Immanuel Kant defendia a dignidade como atributo do homem em razão de sua racionalidade e da possibilidade de pautar sua conduta com base na ética. Embora vários possam ser os fundamentos contemporâneos para a aceitação da dignidade como atributo intrínseco ao ser humano, maior importância reside no fato de que há uma aceitação ampla, majoritária e quase de unanimidade uníssona dessa característica humana.

Sarlet (2012, p. 99) destaca no pensamento Kantiano a autonomia ética como um dos fundamentos da Dignidade, ressaltando a vedação à instrumentalização ou coisificação do homem por ser ele um fim em si mesmo. Barroso (2010, p. 16-17) por sua vez destaca na teoria Kantiana a concepção deste de que o homem possui Dignidade por conseguir se guiar por uma racionalidade prática (controlando suas paixões) e apresenta a ideia de imperativo categórico de Kant, que se constitui mediante condutas necessárias e boas em si mesmas que podem ser transformadas em lei universal. Assim, para Kant, todo homem possui dignidade, e desse modo, não tem preço e não pode ser utilizado como simples meio para a obtenção de fins. Ou seja, não pode ser instrumentalizado, coisificado, sacrificado, consumido como meio para o enriquecimento ou comodidade de outrem.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. (KANT Apud BARROSO, 2010, p. 18)

É com o batismo da Política, destaca Barroso (2010, p. 10), que a dignidade passa a integrar documentos internacionais e Constitucionais, nesse primeiro momento como um objetivo político, mas após a 2ª Guerra Mundial a dignidade passa a adquirir também uma forma de promessa ou fim a ser alcançado pelo Estado. Incluída nos ordenamentos jurídicos e consubstanciada em normas da mais alta hierarquia jurídica, a dignidade se apresenta como um elemento jurídico com notável força deôntica, estabelecendo um “dever ser” que vincula os Estados mediante compromissos consagrados nas Constituições de diversos países e em documentos e tratados internacionais, como a Carta da ONU (1945), e a DUDH (1948).

Verifica-se, então, que o século XX, constitui período cujas ideias que reverberaram em razão da própria experiência histórica da humanidade e que essa corrente de pensamento filosófico converge com a tutela do trabalhador. Em outras palavras, o patamar civilizatório alcançado no século XX também impõe a regulamentação do trabalho humano com a finalidade de respeitar a vida e o bem-estar do homem (o que evidentemente inclui o homem operário, trabalhador lato sensu ou empregado).

A aceitação da condição humana como dotada de Dignidade contribui para que se conclua pela necessidade de limitar a exploração excessiva da força de trabalho que impunha desgaste da saúde do trabalhador, redução de sua expectativa de vida, miséria e pobreza do ponto de vista social, diminuição da taxa de renovação da força de trabalho (isso sem falar da criação de despesas para o Estado com assistência social para amparar a multidão de inválidos, mutilados, idosos e incapazes para o trabalho que são gerados em larga escala pela exploração ilimitada do labor).

Ignorar esse patamar civilizatório alcançado é aceitar uma diminuição da taxa de renovação da força de trabalho, implicando conseqüentemente um extermínio lento, silencioso e sem violência direta daqueles trabalhadores que tinham (e têm) como único modo de sobrevivência se submeter às relações de trabalho sem segurança adequada, com jornadas extenuantes e remunerações aviltantes, situação que tradicionalmente acometeu homens, mulheres e crianças por longo período sob a chancela da lei.

3.2.3 Características do direito civil e do direito do trabalho

O parâmetro principal de diferenciação entre os ramos do Direito Civil (ou direito comum) e o Direito do Trabalho (mais específico) tradicionalmente foi apresentado na doutrina com sendo a prevalência na maioria esmagadora das relações cíveis de uma substancial igualdade entre as partes. De outra banda, nas Relações trabalhistas (assim como outras relações jurídicas usuais na sociedade, v. g. Relações de Consumo, Relações com pessoas Idosas, Relações envolvendo Direitos e interesses de Crianças e Adolescentes, etc.) há, pela natureza e circunstância das relações e pelas características elementares em que naturalmente se encontram esses sujeitos de Direito, uma desigualdade de poderes, possibilidades e exercício de Direitos por uma das partes dessa relação, que acaba por favorecer a outra parte e tornar sempre a parte circunstancialmente mais fraca juridicamente necessitada de atenção protetiva por parte do ordenamento jurídico.

Essa conformação resta clara para qualquer um que observe na prática a pactuação dessas relações jurídicas no dia-a-dia da sociedade, especialmente quando travadas por sujeitos pautados pela boa-fé. Certamente será mais clara ainda a disparidade do exercício de poder, se esse mesmo observador lançar mão de alguma empatia. Sabe-se que mesmo o empregador relativamente solidário às dificuldades às quais está exposto seu empregado, se verá severamente tentado a fechar os olhos para isso em razão da ocorrência frequente de conflito de interesses.

Mas não é correto pensar que o Direito Civil não prevê ocasiões esporádicas em que uma das partes da relação eminentemente civil estará em condição de vulnerabilidade suficiente para que o ordenamento civilista não acolha a validade do negócio jurídico. É o que ocorre exemplificativamente no caso do vício do consentimento denominado “lesão” pelo vigente Código Civil de 2002.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (BRASIL. Código Civil/2002, 2018)

Destaque-se que o funcionamento desse instituto está inserido numa lógica diversa da predominante no âmbito do Direito do Trabalho, pois a proteção civilista, uma vez invocada para uma relação de emprego, considerará a premente necessidade e a desproporção da contraprestação como elementos inseridos nos valores vigentes ao tempo da contratação⁶. O que demonstra a especificidade e autonomia de cada ramo, de modo que seria no mínimo inadequado cogitar regular relações trabalhistas por meio de normas especificamente civilistas. Num caminhar para o fim do Direito do Trabalho ou ao menos de sua autonomia com relação ao Direito civil e o conseqüente fim da Justiça do Trabalho. Para os que vislumbram essa possibilidade, a Reforma trabalhista de 2017 estaria inserida nesse caminhar.

Entretanto, em nada contribuiria esse trabalho para o desenvolvimento da ciência e a compreensão atual das relações cíveis e trabalhistas, se preso unicamente a esta concepção clássica. É necessário observar que mesmo o Direito Civil vem progredindo na valorização da pessoa enquanto razão de ser da ordem jurídica. E nessa toada, bens jurídicos como a preservação do meio ambiente, a proteção dos animais, a função social dos contratos e da propriedade, a defesa dos direitos da personalidade, a prevalência dos patrimônios morais/imateriais inestimáveis (ex: Vida, Honra, Imagem, Dignidade, Moral, Segurança Jurídica,

⁶ Um exemplo hipotético seria o de um empregado que após longo período desempregado, aceita um contrato de emprego cujo salário é inferior à metade do que vinha recebendo na última década para exercer a mesma atividade profissional que sempre exerceu. Nenhum juiz do trabalho diria que tal contrato é inválido com base no Art. 157 do CC/02 em razão da premente necessidade decorrente da situação de desemprego e igualmente seria esperado que ele entendesse que o valor da contraprestação pactuada estaria adequado ao momento de baixa de salários do mercado. Ainda que pretendesse tal juiz hipotético, anular a cláusula contratual de estipulação do salário, a impossibilidade de restituição das partes ao *status quo ante* a que visa o Art. 157, CC precisaria ser adaptada para a realidade das relações de trabalho mediante a determinação de arbitramento de uma justa contraprestação, que seria parametrizada no Art. 460 da CLT considerando trabalhador da mesma empresa que preste serviço semelhante, mas diante desse caso o que se garantiu foi a efetivação do princípio da igualdade, e não necessariamente a justiça ou a equivalência entre a prestação dos serviços e a contraprestação.

etc.) em face daqueles de natureza estritamente econômica denotam a irrupção dos mais nobres valores morais no seio da construção jurídica milenar que é o Direito Civil.

Tudo isso vêm modificando o anquilosado Direito Civil, que passa por um processo de constitucionalização e sai dele revigorado para o fim de proteger o patrimônio imaterial que cada ser humano carrega consigo, exalando (numa visão otimista) a sensibilidade e a solidariedade crescentes no processo civilizatório pelo qual passa a humanidade nessa transição do século XX para o século XXI, ressaltados pontuais e lamentáveis eventuais retrocessos.

Nesse contexto, ganha relevância a proteção da pessoa pelo Direito Civil, que é o elemento singular ligado à prestação do serviço contratado numa relação jurídica empregatícia e, portanto, marcada pela subordinação. Toda a construção do Direito do Trabalho ocorre com os olhos voltados para a proteção da pessoa em face das vicissitudes, dos riscos sociais, do poder econômico e das necessidades da vida.

É para isso que não pode o estudioso do Direito do Trabalho fechar os olhos, sob pena de tornar esse insigne ramo autônomo do Direito menos protetivo que seu antecessor, o Direito Civil, o que ocorreria sem motivo plausível, transmutando o Direito do Trabalho num ramo de proteção ao poder econômico, do fomento à concentração de riquezas e de primazia do valor monetário em detrimento do valor humano.

Mas, o que é essa evolução da proteção à pessoa no ramo civilista? Diante dessa questão, é necessário voltar os olhos para o desenvolvimento do que se conhece por proteção aos direitos da personalidade. Essa proteção ganha força com o fenômeno do neoconstitucionalismo e da conseqüente constitucionalização do Direito Civil, pelo qual o Direito passa atualmente numa metamorfose de complexificação que esmaece as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado para melhor corresponder aos anseios da modernidade/pós-modernidade com seus valores e a primazia do elemento humano em face do elemento monetário.

O presente trabalho se pauta pela concepção de Direitos da Personalidade adotada por Roxana Borges (2007), que os considera emanção ou extensão da própria personalidade humana (sendo, por exemplo, juridicamente impossível sua titularização por pessoas jurídicas, ressalvada a aplicação de alguns deles por analogia na medida das possibilidades de compatibilização) protegidos pelo Direito como valor unitário decorrente da Dignidade da Pessoa Humana e imprescindível para a proteção desta, sem óbice à divisão em especialidades para fins didáticos, desde que mediante rol exemplificativo, passível de expansão.

Essa abordagem da doutrina civilista serve para demonstrar que apensar da autonomia de cada ramo do Direito ser de imensa relevância, o Direito como um todo unitário e enquanto

Ciência, guarda coerência entre suas partes, de modo que o tema da proteção aos bens da personalidade possuem estreita sintonia com o Direito do Trabalho, o que, porém, não importa na fungibilidade entre os aludidos ramos do Direito.

Fala-se de uma aproximação porque os Direitos da Personalidade, assim como o ramo juslaboral, percebem a necessidade de resguardar uma quota de liberdade ao indivíduo mediante a proteção de aspectos de sua existência humana que não podem sofrer ingerência alheia, sob pena de restar prejudicado o livre desenvolvimento de sua personalidade. Desse modo, com a mesma *ratio* da famosa frase de Lacordaire, segundo o qual há casos em que “a liberdade oprime e a lei liberta”, os civilistas defendem, entre inúmeras divergências (de negação ou de natureza quantitativa) a existência de um mínimo existencial para a efetividade e o exercício adequado dos direitos de liberdade previstos pelo ordenamento jurídico. Pois “para sermos livres, necessitamos ter um nível de vida digno e um mínimo de educação; do contrário, não haverá possibilidade de optar, porque se está em estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções” (LORENZETTI Apud Borges, 2007, p. 18-19). Ou seja, o Direito do Trabalho tem também um caráter assecuratório da efetividade do Direito à liberdade.

Quando privilegiado o ponto de vista de que elementos da personalidade humana estão intrinsecamente vinculados à prestação do serviço no contrato de trabalho, e portanto constituem mediamente objeto desse contrato, ganha pertinência a posição hierárquica desses elementos numa hierarquia dos valores traçada pelo ordenamento jurídico. A ela se Refere Adriano de Cupis em sua doutrina, que embora lusitana, guarda total sintonia com o Direito brasileiro quando afirma, nas palavras de Borges, que “O objeto dos direitos da personalidade são os bens de maior valor jurídico, sem os quais os outros perdem valor. [...] São caracterizados por uma não-exterioridade e constituem categorias do ser, não do ter” (BORGES, 2007, p. 21).

Outra semelhança no estudo dos Direitos da Personalidade é observada quando da lesão aos direitos da pessoa, pois assim como o serviço prestado numa relação empregatícia anulável por ser irregular seu objeto (v.g. trabalho do menor de 14 anos), precisará ter sua contraprestação assegurada em razão da já referida impossibilidade de restituição das partes ao status quo ante, restando claro ainda que o entendimento contrário somente prejudicaria mais ainda a parte que teve seus direitos violados. É nessa mesma linha a doutrina de Borges sobre as lesões aos direitos da personalidade, e isso fica claro no momento em que ela ressalta o fato de que “quando há lesão ao direito da personalidade a compensação em dinheiro é devida porque não há como reparar o dano em sua integralidade, não há como restituir à pessoa, de modo satisfatório, o que foi lesado. (BORGES, 2007, p. 33), mas nem todos os autores civilistas enquadrariam essa

ligação do objeto do contrato de emprego à própria pessoa do trabalhador como sendo estritamente um direito da personalidade, vejamos:

Em obra de 1977, Eduardo Espínola optou por distinguir os direitos da personalidade dos direitos sobre a própria pessoa. Para o Civilista, apenas a vida, a liberdade e a honra seriam objeto dos direitos da personalidade ou direitos essenciais da pessoa, e constituiriam a base dos demais direitos. Diferentes dos direitos da personalidade, os direitos sobre a própria pessoa eram, para Eduardo Espínola, os que a pessoa tem sobre o próprio corpo, assim como o direito ao nome. O direito sobre o próprio corpo, segundo o autor, não tem caráter patrimonial, sendo um direito pessoal *sui generis*. (ESPÍNOLA Apud BORGES, 2007, p. 32)

Ao utilizar a terminologia “patrimonial” Espínola tem por base que os bens jurídicos no sentido lato são todos aqueles bens que podem ser objeto de direito, enquanto em sentido estrito, a expressão bens jurídicos remete àqueles que podem ser chamados de bens patrimoniais (dotados de valor econômico imediato). Desse modo, ainda que se considere a situação jurídica do empregado enquanto objeto mediato do próprio contrato de trabalho como não sendo pertencente ao âmbito de proteção dos direitos da personalidade, tal consideração atributiva da qualificação de *sui generis* não elide a ausência de economicidade e seu caráter de bem inestimável de hierarquia superior no que tange à proteção jurídica conferida pelo direito.

A doutrina clássica mais próxima da concepção adotada no presente trabalho é a de Clóvis Beviláqua, que disciplina o objeto das relações jurídicas de maneira mais coerente com a abordagem proposta, pois embora já ressaltado seu escólio segundo Rorigues Pinto, em Roxana Borges verifica-se citação de que para ele “podem ser objeto de direito, dentre outros, ‘modos de ser da própria pessoa na vida social (a existência, a liberdade, a honra, etc.)’”, que são exatamente atributos da personalidade, e então Roxana conclui que “os atributos da personalidade são bens jurídicos, ou seja, podem ser objetos de direito” (2007, p. 43).

A ressalva que é indispensável nesse momento, diz respeito à concepção de patrimônio de Beviláqua, pois embora ele afirme (como já visto a partir do escólio de Rodrigues Pinto) que “o objeto de direito é o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica” (BORGES, 2007, p. 41) ele adota a conceituação de patrimônio dos clássicos, conceituando-o como “o complexo de relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico” (BEVILÁQUA Apud BORGES, 2007, p. 41). O que não é coerente com sua própria conceituação de bem jurídico, pois tecnicamente e esteticamente o patrimônio jurídico deve ser composto elementos jurídicos, não se confundindo o patrimônio jurídico com o patrimônio econômico, de modo que insistir nessa equivalência, como já afirmado alhures, está ultrapassado, pelo que se invoca, nesse ponto, o escólio de Emílio Betti de que “são objeto, ou ‘matéria’ do negócio os interesses que, segundo a ordem social, possam ser regulados

diretamente, por ação dos próprios interessados, nas suas relações recíprocas” (BETTI, Apud BORGES, 2007, p. 42).

Esses atributos, emanções ou extensões da personalidade, que são de extrema relevância para uma ordem jurídica pautada pela dignidade da pessoa humana que coloca em patamar de primazia valores humanísticos quando comparados a valores estritamente econômicos (também tutelados pelo direito) precisa ter uma teoria geral dos direitos da personalidade que esteja atenta para esse fenômeno da intensificação titularização, postulação de tutela e envolvimento dessas extensões nas relações jurídicas cíveis (aqui com inúmeras variáveis circunstanciais, dada a variedade de abordagens possíveis quando do estudo segmentado dessas espécies de emanção, como nome, honra, imagem, etc.) como naturalmente sempre ocorreu nas relações trabalhistas pela cessão do próprio corpo no ato da prestação dos serviços contratados.

Por isso San Tiago Dantas afirma que os direitos da personalidade têm por objeto os atributos da personalidade humana e afirma também que os direitos da personalidade têm por conteúdo os bens da personalidade (DANTAS Apud BORGES, 2007, p.43), o que deve levar à conclusão de que não são somente os bens de valor econômico que são protegidos pelo direito, mas também essas emanções da pessoa e que o objeto dessas relações que envolvem direitos da personalidade (e aqui estão incluídas as relações trabalhistas) estão intrinsecamente ligados à pessoa, mas com ela não se confundem, havendo bens a serem tutelados pelos direitos da personalidade na esfera cível e pelo direito do trabalho na esfera trabalhista.

Bens estes que resultam na tutela da própria pessoa de maneira indireta, mas que exigem do direito uma técnica apurada para identifica-los e impõe ao direito racionalidades diferentes (que embora sutis são inafastáveis para o alcance de objetivos como justiça, bem-estar, pacificação social, etc.) e não permite a fungibilidade irrestrita entre Direito Civil e Direito do Trabalho.

No direito, a regra da exterioridade não é obrigatória, pois, no caso dos atributos da personalidade, os bens jurídicos estão no sujeito titular. São bens jurídicos os próprios atributos da personalidade, o que não implica afirmar que a pessoa seja objeto de direito. A pessoa titular desses atributos é titular desses bens e sujeito portador do desejo ou necessidade, interesse juridicamente tutelado, de gozá-los ou utilizá-los. Na hipótese em exame, o titular do bem jurídico em exame traz o bem consigo mesmo, é uma expressão sua, mas não se confunde com o próprio sujeito. (BORGES, 2007, p. 45)

Foi possível no transcurso do presente capítulo demonstrar como a atividade laborativa e o Direito do Trabalho se encontram intimamente ligados à pessoa humana, merecendo tratamento diverso dos bens econômicos, dado o elemento humanístico dessa relação, percebido pelos diversos doutrinadores a que se fez alusão. Esse elemento impõe uma incidência especial da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos da Personalidade nessas relações, além de dar uma

feição ao Direito do Trabalho moldada especificamente para se adequar ao que é necessário para bem regulamentar tais relações.

Diante de todos esses elementos, se fez pertinente uma crítica aos conceitos de “patrimônio jurídico” e de “bem jurídico”, para numa abordagem voltada para a Teoria Geral do Direito, propor suas conceituações como mais abrangentes do que as de “patrimônio econômico” e de “bem econômico”, de modo a abarca-los e ainda abranger elementos que podem ser mais propriamente adjetivados de “Patrimônio e Bens não-econômicos”.

4 ARGUMENTOS, INTERPRETAÇÃO E DEFESA EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA

Embora tenha ficado claro que a quase totalidade da reforma trabalhista de 2017 é contrária à finalidade protetiva do Direito do Trabalho, por mais surpreendente que possa parecer, existem aqueles que defendem sua aprovação e implementação como algo positivo. É o que encontramos no parecer da comissão especial que analisou a aprovação da Lei 13.467/2017 na Câmara dos Deputados.

Ao elencar argumentos como a garantia de segurança jurídica e, conseqüentemente, a previsibilidade dos gastos decorrentes de danos morais no âmbito das relações de emprego ou de trabalho “lato sensu”, surge uma incoerência que decorre do fato de ser o infortúnio que acomete o trabalhador (causando-lhe dano caracterizado como acidente do trabalho típico ou por equiparação) essencialmente algo imprevisto e fortuito.

De modo que, conferir previsibilidade aos gastos que daí decorrem, nos casos em que o salário momentaneamente recebido pelo empregado não reflete sua evolução financeiro-patrimonial, pode ser traduzido na seguinte afirmação: “colocar o ônus excedente ao limite monetário legalmente fixado no Art. 223-G, §1º da CLT⁷ sob a responsabilidade patrimonial do empregado”, que precisará naturalmente arcar com o custo excedente decorrente dos danos morais sofridos por ele mesmo em decorrência da relação de emprego. Tais limites aos quais o patrimônio do empregador estaria adstrito e que estão expressos no Art. 223-G, §1º da CLT são certamente inconstitucionais.

Cumprindo indagar se garantir previsibilidade dos gastos com danos fortuitos para uma das partes, em detrimento da outra, que arcará com o excedente da tarifação indenizatória legal está amparado pelos valores consagrados na constituição. Certamente que não, pois inverte-se a alea que caracteriza a assunção da sorte do empreendimento⁸ pelo empregador. O que significa a vinculação dos bônus e ônus logrados ou assumidos á empresa e seus sócios (o empregador).

⁷ Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: [...] § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

⁸ Por sorte do empreendimento entenda-se a assunção dos riscos naturalmente existentes no ato de empreender no âmbito de qualquer atividade econômica, vez que a pessoa física ou jurídica a empreender que será afetada positiva ou negativamente pelo sucesso ou insucesso do empreendimento, ou seja, com a obtenção de lucros ou o sofrimento de prejuízos.

Atribui-se exclusivamente o ônus que pode pesar sobremaneira em caso de acidentes gravíssimos, sobre uma das partes, que é sempre pessoa natural/física, economicamente mais fraca e especialmente vulnerável após sofrer perda ou limitação em sua capacidade laborativa.

Não bastasse, não lhe atribuindo o ônus que pode advir da alea inerente ao exercício de atividade econômica, ou seja, não há contrapartida para tal ônus, pois o sucesso do empreendimento será atribuído ao empreendimento e seus frutos estarão sob sua exclusiva titularidade.

Isso tudo ocorre em favor da outra parte, o empregador, que, por vezes, sequer será pessoa natural, sendo apenas uma ficção jurídica para fins de exercício e titularização de direitos e obrigações viabilizadoras da atividade econômica e de sua função social como trataremos a posteriori. Porém, ainda no âmbito desses ditos danos extrapatrimoniais, duas críticas são cabíveis no que tange à classificação e nomenclatura utilizados.

Conquanto seja possível encontrar a formulação classificatória prevista no Art. 223-G da CLT que divide os danos em patrimoniais e extrapatrimoniais na jurisprudência (inclusive consolidada) dos tribunais, mister ressaltar que tal classificação é inconsistente (apesar de presente na clássica doutrina civilista). A Lei 13.467/2017, como dito, concebe como existente uma espécie de dano que se chama extrapatrimonial, e que atinge os direitos da personalidade, causando prejuízo essencialmente moral (ou mesmo existencial) mas desvinculado dos bens materiais desse sujeito de direito.

Porém, segundo a melhor doutrina, patrimônio não é somente composto pelos bens de expressão naturalmente econômica do indivíduo, possuindo o patrimônio tanto uma dimensão material (ligada aos bens de expressão econômica) e uma dimensão imaterial (vinculada majoritariamente para fins de danos morais, aos direitos da personalidade e minoritariamente ao sofrimento físico ou psicológico financeiramente compensável).

Convém ressaltar que a concepção supra de patrimônio coaduna-se com a etimologia da palavra “Patrimônio”, que vem parte do latim e parte do grego respectivamente, “Pater” e “Nomos” (Pater, do latim = pai; Nomos, do grego = bem herdado), ou seja, é aquilo que se herda do pai ou da comunidade, o que passa de pai para filho, não se limitando aos bens materiais (podendo ser material, imaterial, cultural ou artístico), pois as comunidades e os pais passam para seus filhos também valores e princípios.⁹

Por honestidade intelectual, imperativo ressaltar que a terminologia “extrapatrimonial” era utilizada pelos clássicos doutrinadores (v.g. Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Renan

⁹ <https://www.webartigos.com/artigos/memoria-e-patrimonio-etimologia/21288>

Lotufo, etc.) por considerarem que apenas seriam patrimônio para o Direito aqueles bens dotados de expressão econômica imediata, sendo que Roxana Borges compatibiliza essa afirmação com a doutrina moderna ao propor que todos aqueles bens inestimáveis e ligados às extensões da personalidade seriam extrapatrimoniais, mas estariam compondo o conceito de bem jurídico em sentido amplo (BORGES, 2009 p. 38-39). Porém, tal concepção de patrimônio jurídico como sinônimo de patrimônio econômico já está ultrapassada, e não há razão para se considerar como bem jurídico *stricto sensu* apenas aqueles de conteúdo imediatamente econômico.

Com base no esolío de Supiot “O patrimônio se concebe, assim, como uma emanção da pessoa, sua projeção no mundo material. Definido como o conjunto indivisível dos bens e obrigações de uma pessoa, nasce e desaparece com ela”¹⁰ (SUPIOT, 1996, p. 59-60, tradução livre). Desse modo, danos morais e existenciais causados por lesão a direitos da personalidade do indivíduo, não podem ser chamados de maneira coerente de danos extrapatrimoniais.

4.1 Compreensão e interpretação da reforma trabalhista

Uma dessas reformas que foram implementadas ao redor do mundo após a crise de 2008, é a reforma trabalhista brasileira de 2017, implementada principalmente pela Lei 13.467/2017 (e pela MP 808/2017 de 14/11/2017 que perdeu sua eficácia em 23/04/2018), que é apresentada por seus defensores como sendo um fator motivador de investimentos estrangeiros no país, e para esse objetivo se apresenta como solução mediante a criação de uma pletora de textos normativos em favor da parte mais forte na relação empregatícia, desequilibrando cada vez mais uma relação desigual por natureza, aproximando sua regulamentação de um padrão de regulamentação adotado para relações civis que se dão num plano de inequívoca igualdade entre os sujeitos.

Mister enfatizar que as exceções que prevejam mais poderes para o empregador, a tentativa de aproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil ou a supressão de direitos trabalhistas antes consagrados em Lei ou na jurisprudência (ao arrepio do Princípio da vedação ao retrocesso) não podem ser encarados como uma mudança da *ratio* desse ramo autônomo do Direito.

Não há natureza principiológica nessas exceções, especialmente tendo em vista a doutrina majoritária que vê os princípios como pilares de um ramo científico, que no plano jurídico funcionam como mandados de otimização, demandando sua aplicação na maior medida possível

¹⁰ Ressalva-se aqui a proteção dos direitos da personalidade da pessoa natural mesmo após sua morte, embora não se faça um aprofundamento nessa discussão em respeito ao recorte do objeto da pesquisa.

diante das possibilidades fáticas e jurídicas nos termos das lições do jurista alemão Robert Alexy, pois “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2017, p. 103-104).

Isso deve restar muito claro ao leitor diante da evolução histórica e da teleologia do Direito do Trabalho que foi empreendida nessa pesquisa, em que se deixou claro como esse ramo do Direito põe limites à autonomia privada para resguardar o equilíbrio da relação trabalhista mediante proteção da parte hipossuficiente, que é o trabalhador. Compreender de modo inverso mostra-se no mínimo incoerente diante desse panorama, especialmente se tal compreensão vai de encontro aos comandos Constitucionais vigentes, como é o caso brasileiro.

No entanto, a reforma trabalhista de 2017 vem permitindo a renúncia de direitos de ordem pública (portanto, de relevância não apenas individual, mas coletiva, por sua observância refletir nos demais sujeitos da sociedade) antes tidos por indisponíveis. Vem igualmente estabelecendo formas de contratação (como a intermitente) que têm como consequência lógica o aumento da intensidade do labor a grande probabilidade do comprometimento da autoconservação do empregado ou sua superexploração de maneira assustadora conforme relatado por Marx (2013, p. 753-754).

Ou seja, na esteira do que ocorreu com o ritmo de trabalho nas décadas mais recentes, haverá uma intensificação do ritmo de trabalho, gerando ainda instabilidade para o trabalhador quanto ao montante de rendimentos que poderá auferir e o tempo durante o qual ele poderá contar com aquela demanda do seu labor, bem como atribuindo ao trabalhador uma parcela cada vez maior dos riscos dos empreendimentos empresariais, sem que estes possam se beneficiar na mesma proporção dos bônus decorrentes dessa álea (vez que são empregados, e não autônomos ou sócios na atividade empresarial).

Embora precarização e intensidade do trabalho já fossem fenômenos presentes na realidade trabalhista brasileira antes da Reforma, o instituto do trabalho intermitente, previsto no Art. 443 da CLT e regulamentado no Art. 452-A da CLT¹¹ é um retrato fiel da intensificação de

¹¹ Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

boa parte das mazelas supra relatadas. Convém observar que a contratação intermitente visa à utilização da força de trabalho de maneira descontínua de acordo com a demanda momentânea, de modo que os haveres do trabalhador passam a oscilar de acordo com a demanda oferecida por seu empregador em razão de sua conveniência ou das demandas de um dado momento do mercado de consumo.

Nessa circunstância adquire pertinência o já referido limite mínimo natural do salário e sua tendência de não implementação em razão dos objetivos de lucro e acumulação do capital, pois quando a demanda estimada pelo empregador para gerar o pagamento nesse patamar não é alcançada ficam comprometidas a subsistência do trabalhador e a reprodução da força de trabalho.

Embora esteja em comento a reforma trabalhista de 2017, a contratação intermitente pode ser analisada por espécies de contratos firmados no passado a partir dos mesmos pressupostos de pagamento proporcional às horas de trabalho, descontinuidade e insegurança quanto à demanda de trabalho e ao montante total aferido pelo trabalhador ao final de um dado período de tempo. Vale ressaltar que no passado já foi feita análise desse tipo de contratação por Marx, e convém verificar suas conclusões:

Se o salário por hora é fixado de maneira que o capitalista não se vê obrigado a pagar um salário diário ou semanal, mas somente as horas de trabalho durante as quais ele decida ocupar o trabalhador, ele poderá ocupá-lo por um tempo inferior ao que serviu originalmente de base para o cálculo do salário por hora ou para a unidade de medida do preço do trabalho. Sendo essa unidade de medida determinada pela proporção valor diário da força de trabalho/jornada de trabalho de um dado número de horas, ela perde naturalmente todo sentido assim que a jornada de trabalho deixa de contar um número determinado de horas. A conexão entre o trabalho pago e o não pago é suprimida. O capitalista pode, agora, extrair do trabalhador uma determinada quantidade de mais-trabalho, sem conceder-lhe o tempo de trabalho necessário para sua autoconservação. Pode eliminar toda regularidade da ocupação e, de acordo com sua comodidade, arbítrio e interesse momentâneo, fazer com que o sobretalho mais monstruoso se alterne com a desocupação relativa ou total. Pode, sob o pretexto de pagar o “preço normal do

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

trabalho”, prolongar anormalmente a jornada de trabalho sem que haja qualquer compensação correspondente para o trabalhador. (MARX, 2013, p. 753-754)

Ressalvada a limitação constitucional da duração diária e semanal do trabalho, verifica-se que esse modo de contratação intermitente tem a consequência inexorável de aumento da intensidade da prestação do serviço, gerando a contratação do trabalhador exclusivamente para os horários sabidamente de pico de demanda, diminuindo o contingente de trabalhadores nos momentos de demanda inferior, (sendo que embora haja também o risco à autoconservação, sem dúvida o do aumento da intensidade e da superexploração, dadas as consequências sociais relativas aos riscos de acidentes e adoecimentos é o mais preocupante).

O desequilíbrio dessa contratação fica claro quando Marx aduz que mesmo havendo uma demanda pelo serviço menor do que a estimada, o empregador conseguirá obter sua natural vantagem sobre o trabalho prestado com relação ao valor pago. Porém o empregado nessa circunstância poderá não obter contraprestação suficiente para garantir sua sobrevivência.

A inclusão desse tipo de contratação no modo de produção de determinadas atividades econômicas afetará toda a força de trabalho ali empregada, seja ela intermitente ou não, seja empregado ou trabalhador “lato sensu”, permanente ou por tempo determinado, toda a força de trabalho passa a ser mantida num ritmo de trabalho substancialmente mais acelerado do que aquele existente antes da consagração da possibilidade da pactuação dos contratos de trabalho intermitentes (o que pode ser visto como otimização da utilização da força de trabalho, também pode ser interpretado como uma alteração no padrão médio de extração da força de trabalho contratada, inclusive no meio curso do contrato, mudando toda a distribuição do valor das prestações e contraprestações inicialmente pactuadas).

O aumento da intensidade da prestação dos serviços, aumenta a propensão do trabalhador ao acometimento por mazelas ocupacionais e ao envolvimento em incidentes e acidentes do trabalho (mormente quanto labora em atividades de risco). No plano do assalariamento, o aumento da intensidade gera diminuição da vida laborativa do trabalhador e do valor do trabalho, o que ocorre mesmo quando eventualmente ocorra um aumento do valor nominal dos proventos obtidos pelo trabalhador ao final de determinado período (v.g. de um mês), seja esse aumento inferior ou mesmo proporcional ao aumento de intensidade.

Isso se dá porque a partir de determinado grau de extração da força de trabalho, os danos diferidos à saúde do trabalhador e a redução da sobrevida laborativa do trabalhador em decorrência de sua exaustão progredem numa velocidade cada vez maior, podemos dizer, em progressão geométrica. Vejamos:

Com a jornada de trabalho prolongada, o preço da força de trabalho pode cair abaixo de seu valor, embora nominalmente se mantenha igual, ou mesmo suba. Lembremos que o valor diário da força de trabalho é calculado com base em sua duração média, ou na duração normal da vida de um trabalhador e na correspondente transformação normal – ajustada à natureza humana – de substância vital em movimento. Até certo ponto, o desgaste maior da força de trabalho, inseparável do prolongamento da jornada de trabalho, pode ser compensado com uma remuneração maior. Além desse ponto, porém, o desgaste aumenta em progressão geométrica, ao mesmo tempo que se destroem todas as condições normais de reprodução e atuação da força de trabalho. O preço da força de trabalho e o grau de sua exploração deixam de ser grandezas reciprocamente comensuráveis. (MARX, 2013, p. 729)

A proporção dos danos causados à saúde do trabalhador e sua exposição a riscos decorrentes do trabalho variam de acordo com a natureza da atividade que é exercida e do ambiente de trabalho no qual ela é exercida, mas um aumento da intensidade ou da exploração do labor, além dos limites do razoável tornam essas lesões e degradações (para além de constituírem uma iniquidade) vultosas e desproporcionais ao proveito econômico atribuído ao empregado, tornando essa relação excessivamente onerosa (usando o jargão civilista) com relação ao empregado.

O fato desse potencial danoso da superexploração do empregado não se revelar uma grande surpresa ao fazer parte da relação empregatícia nos moldes em que concebida juridicamente na atualidade é algo que se deve à circunstância de o proveito da atividade econômica se destinar ao tomador dos serviços (em regra, empregador), enquanto a duração da vida laborativa do empregado fica sob seus próprios cuidados para que crie sua própria sorte (ressalvando a contratação de seguro social – obrigatório e automático para o segurado empregado – que embora cubra esses riscos, tem seus benefícios limitados ao teto do Regime Geral de Previdência Social e não visa a tornar os danos sofridos indenés, mas apenas permitir a subsistência).

Daí a importância de ressaltar o caráter protetivo do empregado inerente ao ramo justtrabalhista, que regula uma relação pessoa física – empresa (observada a primazia da realidade sobre a forma), e não uma relação interempresarial, travada entre iguais com divisão de riscos e proveitos de maneira proporcional entre as partes. Em outras palavras, é o trabalhador que se arrisca e se desgasta em proveito de outrem, e o faz para sobreviver mediante a garantia da sua subsistência e de sua família como contraprestação do labor que seus braços lhe permitem realizar.

Diante dessa característica do Direito do trabalho que é determinante para sua compreensão e interpretação pode-se objetar que a vontade do legislador foi realizar uma mudança na sua ratio, que há vontade do legislador em converter o Direito do Trabalho em um Direito outro que não este Direito do Trabalho tradicional e histórico. Mas para refletir sobre

essa afirmação o leitor inicialmente deve se perguntar: Quem é o legislador? Ele é uma pessoa com vontade única e clareza de propósitos? Ou trata-se de uma ficção político-jurídica?

É preciso ter em mente que o estudo e a discussão, aqui e alhures, cinge-se em torno da lei, não do legislador. Como bem destaca Ávila “o processo legislativo [...] não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.” (2007, p. 32).

Desse modo o texto elaborado pelo legislador é o parâmetro inicial, e portanto, apenas o equivalente à alegoria de Hans Kelsen que se referiu a “uma moldura dentro da qual o juiz deverá enquadrar o fato concreto”, mas perceba que essa moldura não retira a liberdade do interprete, apenas lhe impõe contornos que constituem limites ou parâmetros para o controle externo da própria interpretação.

Para deixar claro, é importante que o leitor não confunda a norma com seu texto. O texto é apenas esse parâmetro para a construção da norma, vez que a norma é construída mediante interpretação (Ávila 2007), e desse modo o legislador, num ato legislativo praticado de maneira coletiva elabora o texto, mas a norma só se apresenta posteriormente, e pode se modificar com o tempo, mediante mudança na interpretação ou interpretação em cadeia (a interpretação de uma interpretação anteriormente feita), característica destacada por Ronald Dworkin (2005) e destacada por Ramiro (2012, p.7) ao afirmar que o trabalho de Dworkin parece afirmar a impossibilidade de se alcançar a vontade do legislador e também cogitar a impossibilidade de fazer alguma busca por essa tal vontade do legislador.

Nessa toada diz Ávila que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um, não terá de obrigatoriamente haver o outro.” (2007, p. 31) E dessa forma cabe ao intérprete comprovar que a partir de um determinado texto não se pode extrair um princípio, o que se faz mediante fundamentação coerente, referenciando outras normas, especialmente constitucionais e internacionais que apontam bens jurídicos essenciais à realização de determinados fins (Ávila, 2007, p. 34), o que se faz igualmente com referências históricas e teleológicas como se fez na presente pesquisa, para demonstrar que não se pode extrair princípios empresariais desfavoráveis aos empregados a partir de suas normas notadamente protetivas.

De outra banda, também é possível entender que esse potencial do interprete do texto normativo pode ser utilizado para o enfraquecimento da proteção trabalhista mediante a modificação da competência material do poder judiciário no sentido de atribuir à justiça comum

a competência para o julgamento das lides trabalhistas de modo a diminuir ou extinguir esse ramo especializado do judiciário. Nesse ponto, conquanto seja respeitável o ponto de vista, vez que o perfil científico dos juízes da justiça comum tende a se pautar mais pela ratio da igualdade formal do que pela igualdade material subjacente às normas protetivas características do Estado de bem-estar social, se mostra claro que uma estratégia tal encontrará dificuldades.

Tais dificuldades vão desde a mudança de paradigma do Direito Civil a partir de uma interpretação mais voltada para os valores humanísticos, em especial após o fenômeno da constitucionalização do Direito civil ou do neoconstitucionalismo que se formou após a segunda guerra mundial. Até a ausência de aptidão desses juízes para o julgamento dessas lides, bem como dificuldades no nível operacional que pode acarretar inclusive perdas na duração razoável dos processos que atualmente tramitam nessas cortes da justiça comum.

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista pela construção de conexões sistemáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões às circunstâncias do caso a julgar. (ÁVILA, 2007, p. 34)

Respondida a pergunta sobre quem é o legislador e como se deve compreender sua atividade típica, ganha pertinência a advertência de que uma vez dado o parâmetro pela emanção do ato legislativo, todo o poder de criação da norma se divide em diferentes medidas, mas não se concentra exclusivamente com o judiciário. É que a exigência de fundamentação e a adoção do paradigma da sociedade aberta dos intérpretes são parâmetros para o exercício e controle da atividade interpretativa.

Defende-se aqui uma sociedade aberta dos intérpretes com base nas lições do constitucionalista alemão Peter Haberle, para quem uma sociedade democrática e plural constrói-se, dentre outros fatores, com a abertura para a participação ampla da sociedade na interpretação da constituição.

E aqui cabe acrescentar que as leis em geral também são objeto dessa interpretação democrática e plural, pois o primeiro intérprete da lei é o cidadão, que informado e de boa-fé, age pautado na interpretação da lei que a coletividade entende vinculante ou na falta desta, numa interpretação que ele razoavelmente lhe atribui. Sendo que uma dada relação hipotética sob a incidência da norma objeto da aludida interpretação somente chegará a ser objeto de decisão judicial se algum interessado se entender prejudicado e além disso decidir judicializar a questão, pois não se pode perder de vista a previsão legal de inércia do poder judiciário (princípio do dispositivo). Vejamos nas palavras de Haberle:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HABERLE, 2014, p. 27)

Haberle fundamenta sua proposta, que se afigura adequada para a compreensão da Reforma Trabalhista de 2017, porém apesar de defender-se aqui uma postura ativa do destinatário da norma no momento de sua interpretação, cabe advertir que o texto legal e os diversos métodos de interpretação (sistemático, literal, histórico, teleológico), especialmente o desenvolvimento científico e histórico da norma e do ramo do direito no qual ela se insere precisam ser levados em consideração, constituindo limites a essa interpretação que descreve o aludido jurista ao afirmar que “O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HABERLE, 2014, p. 28).

Especificamente quanto à reforma trabalhista de 2017, a partir do paradigma interpretativo apresentado, e colocando-a no contexto da profusão legislativa que se vive no Brasil nos dias atuais, cumpre ressaltar que o legislador não detém boa parte do controle sobre os resultados da norma que se originará a partir dos textos aprovados pelo poder legislativo.

Podemos afirmar com segurança que, em regra, quanto mais textos normativos são produzidos, maior é o arsenal de opções interpretativas à disposição do interprete para regular a vida social de maneira razoável e de boa-fé. Por vezes, o exercício da regulamentação de determinada matéria (tendo em vista o princípio da legalidade) pode produzir o efeito paradoxal de ampliar a liberdade quando aparentemente se pretendia limitá-la.

Mas evidentemente essa liberdade que se quer defender é aquela que se constata no plano fático, a partir de uma análise sociológica, não uma liberdade formal que não se efetiva na prática e se sustenta por paralogismos sem repercussão prática (como ocorrera com a liberdade postulada e implementada pela ideologia liberal e pelo Estado Liberal).

Tal liberdade, diante da inadequação ou incompletude do texto legislativo, constrói-se no plano da interpretação da lei e de uma construção hermenêutica parametrizada por uma sociedade aberta dos intérpretes aplicada a uma sociedade plural, que compreenda a finalidade de cada norma e a aplique de boa-fé. O que certamente não se obtém mediante a implementação de um viés economicista que presume o cidadão como um ser individualista e utilitarista que visa somente ao próprio benefício em detrimento dos outros, das coletividades e da sociedade em

geral, pois tal concepção radical empurraria todo cidadão solidário para a obrigatoriedade de adoção dessa espécie de conduta indesejada e negativa do ponto de vista moral (ou estabelecida artificialmente como padrão de conduta normal).

4.2 Limitações ou barreiras aos efeitos da reforma trabalhista

O aspecto interpretativo é inafastável da aplicação da norma jurídica, como bem destaca Eros Grau (com base nas lições de Gadamer), vez que afirma categoricamente que conceber essas duas etapas de modo separado consiste num equívoco (GRAU, 2006, p. 35), e nessa toada, a interpretação levada a efeito pelo interprete poderá constituir uma limitação ou barreira aos efeitos nocivos da Reforma Trabalhista de 2017.

E não há falar em uma via de mão dupla pela possibilidade do interprete enveredar pelo caminho inverso daquele que visa a proteção do mais fraco, vez que o papel do interprete comporta limites, e esses limites estão marcados pelo ordenamento jurídico como um todo, sendo o sistema jurídico o responsável por adequar os efeitos dessa legislação ao seu escopo. Desse modo, o que se destaca na interpretação da reforma é a adaptação dos seus efeitos ao objetivo do sistema jurídico, e não ao suposto objetivo do legislador num dado momento histórico pontual, efêmero e de possibilidade de aferição discutível.

Mesmo diante da claudicância dessa perspectiva que parte da *mens legislatoris*, se o analista do Direito considerar numa rápida avaliação dos objetivos almejados pelo legislador da reforma trabalhista de 2017, ao se deparar com previsões de situações jurídicas de maior desproteção do trabalhador, seja na possibilidade de transação e renúncia dos direitos coletivamente pactuados por uma das espécies de trabalhador hiperssuficiente idealizada pelo legislador, ou mediante a bilateralidade da aplicação da multa pelo descumprimento do compromisso assumido por ambas as partes na elaboração do calendário de prestação dos serviços de natureza intermitente, ou ainda da possibilidade de pactuação de jornada 12 x 36 e de banco de horas semestral por contrato individual escrito entre empregado e empregador, fica clara a intenção de aproximar a racionalidade da regulação das relações trabalhistas daquela racionalidade característica dos direitos das obrigações no Direito Civil clássico.

No entanto, como visto, o movimento do próprio Direito Civil, em sua modernização, é justamente no sentido contrário, pois enquanto o Legislador reformista fecha os olhos para o elemento humano presente na relação empregatícia e para o imperioso dever de tutela do trabalhador em si e de sua saúde e dignidade humana, o Direito Civil busca se coadunar com os

valores mais eminentes da ordem jurídica constitucional vigente e com os anseios da sociedade atual.

Essa mudança de paradigma nas intenções do legislador trabalhista (agora reformador) em busca da manutenção dos benefícios da contratação de serviços engajados nos objetivos empresariais ou de mudança na titularidade imediata dos frutos do trabalho para o trabalhador, que o vende para seu tomador, respectivamente em busca da configuração de uma relação autônoma ou de uma relação de terceirização, pode ter resultados adversos surpreendentes ou inesperados.

Diz-se isso porque pretensa autonomia submetida ao engajamento empresarial pode aproximar o contrato de trabalho de um contrato de sociedade. A ideologia corporativa que chama a todos de colaboradores e exige a atuação do prestador de serviços com o animus de quem faz parte do empreendimento e envida esforços quase que autodestrutivos em prol da organização empresarial beira a concretização da *affectio societatis*.

Tais reflexões buscam inspiração na natureza contratual da relação empregatícia (assim como ocorre no contrato cível interempresarial que dá ensejo à terceirização), e levam em conta a prevalência dessa teoria contratualista e de seus argumentos que diferenciam a relação juslaboral das relações contratuais cíveis similares, como os contratos de empreitada, compra e venda, mandato, sociedade e arrendamento. Diz-se isso porque a busca por uma reconstrução da natureza jurídica do contrato de trabalho que o acomode numa dessas categorias cíveis implicará na aplicação do regramento civilista pertinente, muitas vezes em detrimento do empregador que o legislador buscou beneficiar. E para que isso não acontecesse, seria necessária uma reformulação também do Direito Civil, o que por sua vez já produziria outros reflexos sociais que fogem ao escopo dessa pesquisa.

Na esteira da *ratio* adotada pela Reforma Trabalhista, uma simples desconstrução genérica da percepção e tutela do elemento humano que é o objeto mediato ôntico do contrato de trabalho, caminha no sentido de uma aproximação do contrato de Arrendamento, na esteira das teorias contratualistas europeias hoje já ultrapassadas. Uma equiparação tão desvairada do ser humano às coisas constitui afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois a prestação do serviço é inseparável do corpo e da própria existência física do empregado, e nessa linha, a clareza de Mozart Russomano é singular.

Ninguém pode arrendar aquilo que é indistacável da personalidade do homem. Quem arrenda algo, obriga-se a não fazer, isto é, a não retomar a posse e o exercício do domínio do bem, enquanto, no contrato de trabalho, o empregado contrai, como obrigação principal, o dever de fazer algo, que é ato positivo (Ruprecht). Por outro lado, o arrendatário obriga-se a devolver o objeto do contrato de arrendamento (De La

Cueva), o que é incompatível com a natureza do trabalho prestado a outrem. (RUSSOMANO, 2009, p. 127)

Para melhor entender a “ratio” por trás da reforma trabalhista, suas consequências e como funcionam as barreiras a esses efeitos, mister elencar algumas mudanças implementadas pela aludida reforma na legislação trabalhista que apresentam de maneira clara o intento por trás do discurso de modernização das relações de trabalho.

Para tanto, será feita uma breve explanação sobre cinco pontos de destaque da Reforma Trabalhista, considerados aqueles de maior incidência prática no mercado de trabalho brasileiro (eficácia social) no caso dos três primeiros e pela discrepância com a teleologia do Direito do Trabalho com relação aos dois últimos, embora o último (trabalho em regime de tempo parcial) já existisse antes da Reforma Trabalhista de 2017, são eles: A) Contrato de Trabalho Intermitente; B) Terceirização Irrestrita; C) Teletrabalhador; D) Empregados Hiperssuficientes; E) Trabalho em regime de tempo parcial.

Cumprido destacar antecipadamente que cada ponto será explicado mediante análise crítica e reflexiva, para posteriormente, após a aferição das barreiras limitadoras dos efeitos socialmente prejudiciais da reforma, serem analisados mais genericamente sob o prisma específico das peculiaridades do Direito do Trabalho cuja concepção e sistematização ousou-se esboçar.

4.2.1 Contrato de trabalho intermitente

O Contrato de trabalho intermitente foi abordado a título genérico no contexto da Reforma Trabalhista a partir de um prisma interdisciplinar que não adentrou na regulamentação legal do instituto por questões didáticas. Agora é chegada a hora de abordar sua regulamentação legal, adentrando no âmago do que é juridicamente a multicitada reforma.

O trabalho intermitente consiste em modalidade de contratação especial de natureza empregatícia (logo, com subordinação jurídica) e natureza formal em sua pactuação, que permite a alternância de períodos de trabalho com períodos em que o empregado aguarda ser convidado com antecedência para prestar serviços nos termos do contrato já pactuado. Esse período no qual o empregado nos termos de um dado contrato de trabalho intermitente especificamente pactuado não presta seus serviços para esse dado empregador é apontado pela lei mediante a utilização do termo “período de inatividade”¹².

¹² Art. 443. [...], § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e **de inatividade**,

Justifica-se a referência a um contrato específico na explicação supra pelo fato de o empregado poder ter simultaneamente incontáveis contratos de trabalho intermitente com empregadores diversos sem que isso traga qualquer impossibilidade no plano jurídico. Não há incompatibilidade, inclusive se houver eventual choque de horários, vez que cada período de prestação de serviço deve ser expressamente aceito pelo empregado, o que permite que o empregado monte sua agenda relativa a cada contrato sem gerar choques de horário que *a priori* parecessem iminentes¹³.

Tal contrato é, nos termos da lei, pactuado entre empregador e empregado para o desenvolvimento de qualquer atividade laborativa, salvo o labor de integrante da categoria profissional dos aeronautas. Certamente o redator do projeto de lei que resultou na Lei 13.467/2017 excluiu os aeronautas por questões de segurança e pautado pela probabilidade aqui já referida de que essa modalidade contratual aumente a intensidade do ritmo de labor, fomentando a ocorrência de acidentes, resguardando assim interesses da coletividade, ao menos. A opção legislativa de ressalvar a categoria profissional dos aeronautas igualmente se deve às lutas das entidades sindicais representativas da categoria, pois o Sindicato Nacional dos Aeronautas mobilizou-se no sentido de deflagrar greve e enviar propostas ao Congresso Nacional visando a resguardar a categoria das investidas precarizantes da Reforma Trabalhista. A aludida mobilização está noticiada no site do referido sindicato, e percebe-se que seu êxito parcial foi significativo em comparação a outras categorias que sequer tiveram seus pleitos levados em consideração.

Quanto ao contratação de trabalho intermitente cujo conceito legal encontra-se no Art. 443, §3º da CLT este foi regulamentado pelos dispositivos do Art. 452-A da CLT, sendo que ambas as previsões normativas foram criadas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), deixadas de lado as alterações que constavam da MP 808 em razão da perda de sua vigência.

O tipo contratual, aliás, é identificado pelo extermínio da ideia do tempo à disposição do empregador, motivo pelo que há quem o identifique na Inglaterra como *zero-hour contract* (contrato sem horas preestabelecidas) ou na Itália como *lavoro a chiamata* (trabalho mediante chamadas). (MARTINEZ, 2017, p. 116)

A segurança jurídica existente nesse tipo de contratação é mínima, pois para ambas as partes têm o limite mínimo de antecedência de três dias corridos para a fixação de uma ou mais

determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

¹³ Art. 452-A, [...], § 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

porções de tempo de prestação de serviço, sendo que essa porção pode ser fixada em horas, dias ou meses a critério das partes.

Entretanto, se por um lado há relativa imprevisibilidade para ambas as partes acerca de quando e por quanto tempo o serviço será prestado, por outro quem determinará esse “quando e por quanto tempo” para o empregado será a convocação/proposta do empregador, ao passo que para o empregador, quem determinará esse “quando e por quanto tempo” será a demanda do mercado em que sua atividade econômica se insere. Assim, a assimetria dentro da relação empregatícia é potencializada pelo repasse da submissão do empregado às oscilações que seriam inerentes ao exercício da atividade empresarial e não à atividade laborativa.

Desse modo, o empregador se livra da sorte (mais especificamente da eventual má sorte) do empreendimento, repassa essa “álea” para o empregado, e mantém sua posição dominante na relação empregatícia marcada pela subordinação e se legitima como destinatário principal dos lucros mesmo socializando substancialmente os prejuízos com seus empregados intermitentes.

Entretanto, haverá atividades em que o empregador poderá prever exatamente qual a demanda de mão de obra que sua atividade exige, de modo que a contratação intermitente lhe permitiria apenas planejar melhor o modo de utilizar a mão de obra em porções mínimas, em prejuízo do empregado, que concederá seus préstimos em pequenas porções para diversos empregadores na tentativa de quem sabe obter um montante total de contraprestação que permita sua autoconservação, ou seja, a sobrevivência própria e de sua família.

Apesar de se tratar de uma relação de emprego subordinado, o empregado já contratado como intermitente poderá recusar a convocação do empregador sem descaracterizar a aludida relação e a subordinação jurídica que lhe é inerente, sendo que no caso do transcurso do prazo de resposta (1 dia útil) *in albis*, presumida estará a recusa do empregado para prestar o serviço solicitado no período referido na oferta constante da convocação. Entretanto, caso o empregado intermitente já contratado aceite a convocação¹⁴ expressamente feita, ele não poderá descumprir tal compromisso e faltar ao trabalho sem justo motivo, sob pena de pagar uma multa de 50% da remuneração que seria devida.

A mesma multa é aplicável ao empregador, porém duas reflexões chamam a atenção. A primeira é que embora o empregador seja o responsável pela sorte do empreendimento, caso descumpra a disponibilização da demanda de serviço objeto de convocação e aceite, ele apenas

¹⁴ A convocação ocorre devido não ter havido um detalhamento antecipado dos períodos de prestação do serviço no momento da contratação ou num dado momento posterior a esta. Assim, como não houve agendamento prévio de todos os horários em forma de calendário de prestação de serviços, os horários ficam sempre em aberto para que o empregador faça a convocação com pelo menos três dias corridos de antecedência e o empregado, no prazo de um dia útil, aceite ou não. Presumindo-se em seu silêncio a recusa à convocação.

precisará arcar com 50% do seu valor e a título de multa, e não com natureza salarial nos moldes das verbas previstas no Art. 452-A, §6º. A segunda é a possibilidade de que se entenda que a diminuição inesperada da demanda por variação naturalmente presente na atividade econômica desenvolvida pelo empregador venha a ser interpretada como justificativa legalmente aceitável para o descumprimento da oferta de trabalho objeto de convocação, o que eximirá o empregador do pagamento até mesmo dessa multa que já é em certa medida algo favorável para o empregador.

Além do prejuízo para o empregado na estipulação da multa em lugar do pagamento ajustado, a lei foi lacônica quanto às perdas ocasionadas quando o empregado recusa a convocação de um empregador intermitente para prestar serviços a outro que paga mais, entretanto, no momento da prestação é surpreendido pelo cancelamento da prestação solicitada com o consequente pagamento da multa de 50% do respectivo valor.

Nessa situação, o empregado estará severamente prejudicado, vez que a não aceitação pelo empregado de outra convocação/oportunidade de porção de trabalho intermitente que eventualmente tenha sido proposta por outro empregador com quem o empregado possua contrato intermitente nos termos das possibilidades previstas no Art. 452-A, §5º da CLT lhe causará prejuízos financeiros caso o valor oferecido na convocação para a prestação de serviço que ele não aceitou seja superior à metade daquele oferecido na convocação que ele aceitou e que foi injustamente descumprida, porém com o pagamento da multa legalmente prevista.

Quanto aos direitos trabalhistas básicos desse empregado intermitente, o Art. 452-A, §6º da CLT dispõe que após cada período de prestação de serviço o pagamento das verbas devidas será imediato, e nessas verbas estão abrangidas as antecipações de direitos constitucionalmente previstos, como férias com um terço e décimo terceiro salário, sendo ambos pagos de maneira proporcional ao serviço prestado juntamente com o repouso semanal remunerado, adicionais legais e a remuneração. Serão todos pagos mediante recibo que discrimine o valor de cada uma dessas parcelas, sendo que o valor da remuneração não poderá ser inferior ao valor da hora de quem labora para receber um salário mínimo mensal (Art. 452-A, §7º da CLT).

O valor referente às férias desse empregado, com o seu respectivo terço constitucional, foi pago de maneira antecipada em porções proporcionais a cada vez que o empregado intermitente receber a contraprestação pelos serviços prestados. Não haverá outro pagamento quando ele for gozar das férias enquanto período de descanso, vez que ele já recebeu tal valor.

Assim, após sua aquisição (que ocorre em 12 meses), o empregador lhe concederá ao menos o mínimo de 30 (trinta) dias de descanso no período que melhor atenda aos interesses do

empregador (podendo ser parcelado em até três períodos nos termos do Art. 134, §1º da CLT¹⁵) desde que dentro do chamado de concessivo, sob pena de pagamento em dobro. Nesse momento o empregado irá descansar por se afastar especificamente do labor inerente ao contrato a que as férias se referem, mas como dito, não receberá novamente durante esse período, vez que tal verba trabalhista já foi antecipada, tendo o empregado tal montante a sua disposição apenas se tiver poupado tal valor.

A preocupação diante dos baixos salários e/ou da imprevidência do empregado será a possibilidade de ele utilizar o período de férias para laborar para outro empregador e não para descansar durante o tempo necessário para a preservação de sua saúde¹⁶. Gerando adoecimentos, riscos de acidente, inviabilização do convívio familiar, prejuízos ao exercício do direito ao lazer e outras consequências de ordem social mais acentuadas devido a grandes parcelas da população passarem anos sem usufruir efetivamente do descanso inerente ao período de férias, o que indubitavelmente tem consequências econômicas por influenciar no consumo e no perfil desse consumo.

O tema da Saúde do trabalhador sem dúvida enseja preocupação nessa espécie de regulamentação, pois além dessa tendência a não utilização do período de férias de maneira adequada, a inserção desses contratos no mercado de trabalho implicará o já referido aumento da intensidade do trabalho, que combinada com essa regulamentação claudicante no que tange às férias, não inspira otimismo no que toca a preservação da saúde do trabalhador.

Ao mesmo tempo em que haverá a prestação de serviços em alta intensidade para diversos tomadores intermitentes, aumentando a incidência de doenças ocupacionais, riscos de acidentes do trabalho (evidente que não é à toa que os aeronautas estão excluídos desse regime de labor!), síndrome do *burn out* e fadiga extrema, do outro lado da moeda estarão os empregados com tradicional contrato por tempo indeterminado que, ao contrário do que se pode inocentemente pensar, por não contarem com um número maior de colegas empregados à disposição do empregador nos horários de menor intensidade do serviço, restarão por exercer sua atividade laborativa em ritmo de alta intensidade mesmo fora dos momentos de pico tradicionais em seu trabalho, tornando generalizada a situação de risco a que o empregado intermitente estará exposto.

¹⁵ Art. 134, § 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

¹⁶ Art. 452-A, § 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Porém, certamente ao acompanhar a evolução do Direito do Trabalho no Brasil nas décadas mais recentes percebe-se que diversos são os instrumentos utilizados para impor essa ideologia flexibilizante das relações empregatícias, dito isso, cumpre salientar que nem todos obtiveram receptividade social, como é o caso do trabalho em regime de tempo parcial e do trabalho temporário, que não alcançaram grande efetividade social, enquanto a terceirização, que sequer possuía previsão legal e a pejotização (modalidade de fraude aos direitos trabalhistas) se multiplicaram Brasil afora.

Diante desse cenário, o que garante que essa modalidade de contratação, mesmo parecendo tão favorável ao empregador a ponto de ter uma modalidade similar relatada nos estudos históricos de Marx acerca das más condições de trabalho na Inglaterra em sua obra “O Capital”, teria receptividade social e seria colocada em prática no Brasil por empregados e empregadores? Importante lembrar que um dos argumentos apresentados pelo Governo para a aprovação desse texto foi retirar da informalidade trabalhadores que fazem “bicos/biscates”, nesse assunto, as palavras de Luciano Martinez são elucidativas.

Partiu-se do inocente pressuposto de que, uma vez reconhecida a ora analisada figura contratual, as pessoas que viviam de “bicos” poderiam, enfim, ter CTPS anotada, férias, décimo terceiro salário, FGTS e recolhimento de contribuições previdenciárias. Na lógica da análise econômica do direito, os tomadores de serviço, porém, não aderirão a essa novidade contratual, porque, obviamente, o custo de tornar formal quem nunca precisou ser formal será bem superior do que aquele de mantê-los como se encontram, à margem da proteção trabalhista e previdenciária. Será que alguém imagina uma empresa sair dos seus cuidados para formalizar o contrato de emprego de um trabalhador que lhe atende nos momentos apenas episódicos? Claro que não. (MARTINEZ, 2017, p. 116)

Uma barreira aos efeitos nocivos dessa modalidade de contratação permitida pela reforma, poderia ser a relativização do requisito da necessidade de contratação escrita para a validade desse tipo de contrato, o que implicaria na o afastamento de três das teorias que podem diferenciar o trabalhador eventual do trabalhador empregado. As teorias dos fins, da descontinuidade e da fixação (Nascimento, 2005, p. 201-202) restariam refutadas, implicando na necessidade de pagamento nos termos do Art. 452-A, Caput e §6º e mediante recibo com a discriminação de cada parcela (§7º) sempre que inaplicável a teoria do evento.

Ou seja, há aqui uma reflexão acerca da colisão entre os princípios da primazia da realidade (PINTO, 2003, p. 79) e da continuidade do contrato de emprego (PINTO, 2003, p 79) (DELGADO, 2017, p. 224) de um lado, e do outro o princípio da segurança jurídica – este último tutelando a formalidade exigida em lei e o papel da vontade manifestada pelas partes na pactuação dos negócios jurídicos, embora esse papel seja mitigado na esfera justrabalhista como destaca Delgado (2011, p. 235) – porém, tal colisão, que normalmente resulta na prevalência da segurança jurídica, no âmbito do Direito do Trabalho, será orientada pelo *in dubio pro operário*

(PINTO, 2003, p. 76-77) que poderá pavimentar um caminho para firmar entendimento futuro em favor da substituição da figura do trabalhador eventual pelo empregado intermitente. Entretanto, atualmente uma construção tal, se encontra na contramão da irrupção ideológica (neo)liberalizante que se fortaleceu no Brasil de 2016 até a presente data (2018).

Ressalta-se por fim, que como costuma acontecer na cultura jurídica brasileira, modalidades de trabalho flexibilizantes historicamente não têm ganhado corpo no mercado de trabalho (v. g. o trabalho em regime de tempo parcial), de modo a ensejar a reflexão acerca da existência de uma real necessidade da legitimação e fomento desse tipo de contratação. A baixa adesão de empresas e empregados demonstra também a incapacidade das leis de flexibilização gerarem postos de emprego, destacando o já evidente fato de ser a demanda por mão de obra o fator preponderante e determinante na geração de postos de emprego, e o seu baixo custo apenas eventualmente se tornar determinante, como quando a concorrência não permite ao titular do meio de produção repassar esse custo para os consumidores.

Para corroborar as afirmações acima, destacam-se três reportagens: A primeira de fevereiro de 2018 relatando que “A previsão do governo é que essa modalidade de trabalho gere 2 milhões de empregos em 3 anos” (ALVARENGA, 2018) e que “Segundo os dados oficiais, ainda são poucas as empresas contratando intermitentes para os seus quadros” ressaltando que até então apenas 87 empresas haviam aberto vagas para trabalho intermitente em todo o País. A segunda reportagem, de agosto de 2018, afirmando que “Os números apontam ainda que a criação de vagas, nas novas modalidades regularizadas pela reforma, representa cerca de 7% do total de 392 mil postos abertos no país neste ano – abaixo da previsão inicial do governo” (TREVIZAN, 2018). Ou seja, em 9 meses de vigência menos de 27.500 empregos, um número pífio perto dos 3 milhões pretendidos num lapso de 3 anos. Eis os resultados iniciais do suposto remédio necessário para retirar o país da crise econômica.

A terceira reportagem, mais recente, aponta que os 50.545 postos de empregos formais gerados em 9 meses de vigência da reforma trabalhista são insignificantes frente ao fechamento de 2,9 milhões de empregos com carteira entre dez/14 e dez/17, que implicam numa média de 79,5 mil postos a menos por mês durante o período (TREVIZAN, 2018). Vejamos essa ineficiência em percentuais:

A PNAD Contínua demonstra ainda que a despeito das promessas de geração de 6 milhões de empregos, o mercado de trabalho se contrai e o desemprego persiste. A taxa de desemprego era de 6,5% em dezembro de 2014 e apresentou rápida expansão durante a crise. Quando a Reforma entrou em vigor, a taxa de desemprego estava em 12,0%. O dado mais recente da PNAD Contínua revela uma taxa de desocupação de 12,4% (12,9 milhões de desocupados no país). (VAZQUEZ; SOUSA; OLIVEIRA, 2018)

E é nesse sentido, da ineficiência dos modelos contratuais precarizantes propostos pela reforma para a geração de emprego, que se notam as claras limitações dessa política de redução de direitos trabalhistas, que em seus resultados não apresenta nada mais do que a diminuição do nível de contraprestação do trabalho assalariado (bem como do patamar civilizatório em que estão as relações trabalhistas) e a intensificação da desigualdade de renda durante a crise. O que coloca a mira dos efeitos nocivos da crise econômica sobre a classe trabalhadora mediante construções jurídicas incondizentes com o patamar civilizatório atual da sociedade brasileira, e que certamente cairão no ostracismo quando a economia retomar seu curso adequado.

4.2.2 Terceirização irrestrita

Antes de adentrar nas especificidades das alterações legislativas advindas com a Reforma trabalhista de 2017, aqui considerando-a em sentido amplo, e portanto, abrangendo a Lei 13.429/2017, mostra-se imprescindível fazer alguma incursão doutrinária para proporcionar um melhor entendimento dos comentários.

De início, cumpre justificar a expressão terceirização irrestrita. E nesse ponto, impende ressaltar que somente se torna coerente com a novel legislação falar em terceirização irrestrita quando se parte da premissa de que a intermediação de mão de obra era tida pela maior parte da doutrina até a Reforma Trabalhista de 2017 como um instituto jurídico diferente da terceirização – tanto é verdade que a intermediação de mão de obra existe desde 1974 com previsão na Lei 6.019, enquanto a terceirização não tinha previsão legal (DELGADO, 2017b, p. 197) e apenas era regulamentada pelos enunciados constantes da súmula 331 do TST –, e isso, para o autor do presente trabalho sempre se mostrou claro (pois a intermediação de mão de obra e a terceirização em sua dinâmica se apresentam como modalidades diferentes de relação jurídica), entretanto, com a unificação do sistema de regulamentação da intermediação de mão de obra juntamente com a terceirização no conteúdo da Lei 6.019/74 modificada pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, criou-se uma tendência de doravante considerar esses distintos fenômenos como expressão de uma mesmo instituto jurídico.

É diante desse panorama que Luciano Martinez (2017, p. 251) classifica a terceirização em duas modalidades gerais. Terceirização para contratação de trabalhadores (que é a aludida intermediação de mão de obra, instituto jurídico excepcional em nosso ordenamento) e Terceirização para a contratação de serviços (modalidade indiscutivelmente conhecida como terceirização, pode-se dizer, terceirização *stricto sensu*).

Enquanto a intermediação de mão de obra é vedada em nosso ordenamento jurídico nos moldes da Súmula 331, I do TST e com isso concordam diversos doutrinadores, sendo apenas excepcionalmente cabível nos termos do Art. 2º da Lei 6.019/74 em casos de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou de demanda complementar de serviços com duração por contrato individual com trabalhador temporário limitado a um prazo de 180 dias consecutivos ou não, prorrogáveis por mais 90 dias consecutivos ou não nos termos do Art. 10, §§1º e 2º da mesma Lei. Esse prazo de admissibilidade foi dobrado com a Reforma Trabalhista, pois antes da reforma o limite ordinário era de três meses e não de 180 dias. Fora dessa exceção legal, configurar-se-á a intermediação ilegal de mão de obra, também chamada *Merchandage* (MANNRICH Apud Martinez, 2017).

Mas a reforma trabalhista não apenas dobrou o prazo da admissão excepcional de intermediação de mão de obra ou *Merchandage*, realizou também alteração mais significativa dentro do tema da terceirização (*stricto sensu*), que demonstra a influência ideológica da reforma (flagrantemente distante, senão oposta à proteção do trabalhador) com a abertura de inúmeras possibilidades e modalidades de terceirização *strictu sensu* e a abertura de seu conceito (com posterior revogação do conceito). Tal modificação legal, de tão significativa, chega a lembrar o trecho da música “sociedade alternativa” do roqueiro baiano Raul Seixas no qual ele, parafraseando Aleister Crowley, diz: Faze o que tu queres pois é tudo da Lei.

Após esse movimento de liberalização das relações interempresariais que invade o campo normativo trabalhista sem pudor e sem reservas, incumbe, *a priori*, ao Direito do Trabalho e seus juristas classificar as diversas modalidades de terceirização. Desse modo, se antes era apenas permitida a terceirização nas atividades-meio, aquelas meramente instrumentais para os fins econômicos da empresa nos termos da Súmula 331, III do TST, atualmente, qualquer atividade da empresa pode ser terceirizada sem qualquer restrição legal nos termos do Art. 4º-A e §1º da Lei 6.019/74, que além de admitir a terceirização da atividade principal, admite que a própria empresa prestadora de serviços contratada, novamente terceirize os serviços que assumiu, atribuindo-o a outra empresa.

Exige-se atenção nesse ponto, pois ocorreu uma mudança na suposta razão administrativa de existir da terceirização, vez que se antes da reforma esse fenômeno tinha como justificativa para a precarização do trabalho humano¹⁷ a necessidade das empresas de focarem em suas atividades principais mediante a contratação de empresas prestadoras de serviços especializados

¹⁷ “Pesquisas ao redor do mundo têm reiteradamente indicado como essa modalidade de contratação está relacionada à precarização do trabalho, inclusive às suas piores formas.” (FILGUEIRAS Apud FILGUEIRAS & CAVALCANTE, 2018, p. 125-126)

para a consecução desses serviços instrumentais, temporariamente a Lei 13.429/2017 veio a operar mudança nesse conceito pela redação do Art. 5º-A da Lei 6.019/74, que substituiu a expressão serviços especializados por “serviços determinados e específicos”.

Desse modo, todo esse discurso pretensamente justificador da terceirização propalado por alguns teóricos da administração de empresas perdeu seu sentido, estando claramente a terceirização pautada na liberdade negocial das empresas, num retorno ao Liberalismo mais inadvertido possível, no qual predomina a ideia de que o proprietário do patrimônio econômico pode utilizá-lo da maneira que desejar independentemente dos efeitos colaterais nocivos à sociedade ou aos demais particulares.

Mas foi a partir da vigência da Lei 13.467/2017, com a eliminação da referência a serviços determinados e específicos e a alusão à permissão da terceirização na atividade-fim que a Lei deixou em branco (ou vazio) o critério operacional de aferição da possibilidade ou impossibilidade de empresas pactuarem o contrato de prestação de serviços, deixando clara apenas a possibilidade de pactuação não somente nas atividades-meio, mas também nas atividades-fim, que constituem a principal atividade desempenhada pela empresa contratante (apesar do Art. 5º-B, II da Lei 6.019/74 ainda exigir que o contrato entre empresa contratante e empresa contratada especifique qual o serviço a ser prestado).

Desse modo, mesmo com uma abertura do conceito, restou igualmente refutado o argumento da necessidade de especialização nas atividades meio para a manutenção do foco na atividade principal, vez que essa (a própria atividade principal) também pode ser atribuída a uma terceira empresa. Assim, retirou-se qualquer critério operacional como aferição da licitude do objeto desse contrato interempresarial e fixou-se apenas um critério financeiro de capacidade econômica para o desempenho da atividade a ser aferido caso a caso, parametrizado pelo Art.4º-B da Lei 6.019/74 cuja redação já havia sido dada pela Lei 13.429/2017.

Desse modo, Além da terceirização clássica, Luciano Martinez (2017) aponta mais duas modalidades de terceirização stricto sensu que não podem ser confundidas, pois frontalmente diferentes em sua conformação. São elas a Terceirização em cadeia e a “quarteirização”. A Terceirização em cadeia, rapidamente descrita acima, ocorre justamente quando há uma empresa interposta entre a empresa contratante (empresa cliente) e a(as) empresa(s) contratada(s), com a finalidade de gerir as empresas contratadas (terceirizadas) ou os seus empregados (terceirizados). O que enseja a responsabilidade subsidiária de todas as empresas verticalmente interligadas nos termos do Art. 5º-A, §5º segundo o escólio de Martinez (2017, p. 250).

De outra banda, a “quarteirização” ocorre quando a empresa contratada contrata outra empresa para realizar parte ou todo o serviço que lhe foi atribuído. Em outras palavras, numa pactuação que repete a motivação do contrato que lhe incumbiu da prestação de determinados serviços à empresa contratante, essa prestadora (que já é terceirizada) atribui mediante novo contrato, a uma outra empresa parte das (ou todas as) atribuições destinadas a ela enquanto (primeira) empresa contratada (terceirizada) formando um complexo de contratos que permite designar essa última contratada (a contratada da primeira contratada) com o qualificativo jurídico de quarteirizada. Em suma, trata-se de uma subcontratação. Configurando verdadeira intermediação interempresarial potencialmente ilimitada segundo Martinez (2017, p. 250).

Diante de tamanha abertura conceitual e das diversas possibilidades de conformação da terceirização com a liberalização desmedida do instituto, relevante apresentar um conceito igualmente abrangente, que exteriorize a natureza e os elementos essenciais da terceirização para a Lei 6.019/74 modificada pela Reforma Trabalhista. Vejamos:

Técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, entendida como tomadora ou cliente, por conveniência ou oportunidade, contrata outra empresa, compreendida como prestadora, para prestar-lhe qualquer serviço em uma das suas atividades, inclusive no âmbito de sua atividade principal. (MARTINEZ, 2017, p. 247)

No que tange à possibilidade de terceirização de atividade-fim e todas as discussões em torno do tema, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, O STF decidiu que é constitucional a terceirização em atividade-fim. Essa decisão não foi unânime, pois sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra. Observa-se ainda que no texto que noticia a decisão do pleno do STF constam alguns argumentos que não se coadunam com a análise acurada da nova redação da Lei 6.019/74.

Para a ministra Cármen Lúcia, a garantia dos postos de trabalho não está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho **com maior especialização**, garantindo a **igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada**. “Com a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho”, afirmou. (STF, **Grifo nosso**, 2018)

Os dois argumentos levantados pela excelentíssima presidente do STF não condizem com seu notório saber jurídico, pois, infelizmente, não fazem sequer sentido diante da mudança de regulamentação que está sob julgamento pelo pleno do eminente tribunal. Quanto ao primeiro argumento objeto de análise, nota-se pelo que já foi dito acerca da abertura do conceito de terceirização por ocasião da Lei 13.429/2017 resultando posteriormente na ausência de requisito operacional a partir da vigência da Lei 13.467/2017 mediante permissão da terceirização na

atividade fim (que é justamente o objeto do julgamento), que a empresa contratante é a especializada em sua atividade fim. Desse modo, é contraditório fundamentar a constitucionalidade da terceirização em atividade-fim no fomento à especialização das atividades, se justamente a empresa especializada em sua atividade fim atribui tal atividade para outra.

Restaria à empresa contratante que terceiriza todas as suas atividades então o qualificativo de especializada em nada? Sua atividade econômica seria a contratação de outras empresas para que estas contratadas desempenhem suas especialidades? As argumentações da Presidente do STF parecem admitir uma resposta positiva parra esses dois questionamentos.

Mas outros questionamentos ainda perduram. Uma empresa que terceiriza sua atividade-fim e permanece exercendo as atividades meio estaria efetivamente a terceirizar a atividade fim? Nesse caso, a lógica obriga o intérprete a concluir que na prática essa empresa mudou sua atividade econômica, trocou o objeto empresarial de maneira transversa e informal.

O segundo argumento igualmente contraditório da eminente Ministra do STF leva a entender que a terceirização promove a igualdade entre empregados da contratante e empregados da contratada, porém o Art. 4º-C, §1º deixa essa possibilidade a critério das empresas que firmaram a terceirização, desse modo a regra é que a terceirização será um empecilho à equiparação salarial (e à igualdade, inclusive salarial) entre empregados da contratante e empregados da contratada que exerçam a mesma função, pois seus empregadores são empresas diferentes, sendo que apenas excepcionalmente, e isso por iniciativa das empresas, e não da lei ou do instituto da terceirização, é que poderá ser viabilizada tal equiparação. Toda essa incoerência está presente na supracitada notícia divulgada pelo STF.

Ademais, a criação de postos de emprego em razão de terceirização ofende a lógica do mercado, pois o que impediria uma contratação de empregado para suprir uma demanda por trabalho (a demanda sim é o primeiro elemento, essencial para o surgimento de postos de emprego) seria o custo financeiro da contratação, que poderia ser minorado com diversas técnica de diminuição dos custos de uma contratação, inclusive mediante reforma tributária, ao invés de liberar de maneira irrestrita a realização de contratos que impedem a equiparação salarial entre empregados que exercem as mesmas funções e segregam os trabalhadores em faixas de trabalho em escalas de precarização mediante piora das condições de trabalho, que se perfazem mediante redução de custos.

Mas toda essa modificação legislativa está na esteira de um movimento de corrosão do trabalho contratado e regulamentado e que vem sendo substituído pelos mais distintos e

diversificados modos de terceirização que amplia os mecanismos de extração do sobretrabalho em tempo cada vez menor, configurando um fenômeno de superação do modo de produção de matriz tayloriano-fordista como se nota das lições de Antunes e Druck (2015, p. 20-21).

Essa nova legislação viabiliza a transformação de postos de emprego em postos de emprego precário mediante a imposição de piores condições de vida para aqueles trabalhadores baixo nível salarial e condições de trabalho inferiores às dos não terceirizados, reflexos negativos na economia em razão do rebaixamento da média salarial e, pior ainda, mediante a criação de problemas sociais decorrentes de prejuízo as à saúde dos trabalhadores, que reflete nos gastos com saúde e previdência social pelo Estado. Em suma, desconsiderando o elemento principal para a geração de emprego, que é a demanda pelos serviços, é a redução de custos que permite a abertura de novos postos de trabalho, e não a terceirização. A terceirização é apenas um dos piores modos de obter essa redução de custos.

E como a terceirização gera, em regra, o recebimento de um patamar salarial pelos terceirizados menor do que aquele dos empregados da empresa principal, menos dinheiro há circulando na economia com a proliferação da terceirização, conseqüentemente há menos consumo e menos demanda, o que implica justamente no efeito inverso do propalado pela reforma, ou seja, reduz-se a longo prazo a quantidade de postos de emprego.

Como dito, as críticas às incoerências encontradas nos argumentos favoráveis à terceirização em atividade fim nesse julgamento não se resumem a um único ponto, pois a presidente da Corte chegou aos píncaros de invocar a promoção da igualdade. Antes da reforma, chama a atenção Luciano Martinez (2017, p. 258), que o Art. 12, *a* da Lei 6.019/74 previa salário isonômico entre empregados da empresa Principal e da Empresa de Trabalho Temporário (ETT), realizadora de intermediação excepcional de mão de obra, era utilizado pelos tribunais trabalhistas para numa aplicação analógica garantir salário isonômico entre todo e qualquer terceirizado (*stricto sensu*) que exercesse as mesmas funções de algum empregado da tomadora ou contratante e esse tal empregado da tomadora ou contratante.

Porém, agora o Art. 4º-C, §1º deixa ao alvedrio das empresas contratante e contratada criar tal direito para os terceirizados, criando regra específica (determinando a necessidade de previsão contratual entre duas empresas para estipular os direitos de um trabalhador que não participou da formação desse contrato) que certamente terá o efeito de encerrar a possibilidade jurídica de aplicação analógica do Art. 12, *a* em razão da existência de regra específica incluída pela Lei 13.467/2017. Como se nota, a garantia da igualdade na permissão de terceirização de atividade fim prevista pela presidente do STF Min. Carmem Lúcia simplesmente não existe.

Esse problema toma proporções gigantescas quando se toma conhecimento de dados segundo os quais o número de empregados terceirizados já se tornou maior do que o número de empregados contratados diretamente. Esse é, portanto, o panorama constatado pelos sociólogos do trabalho que pesquisam o tema da terceirização no Brasil, vejamos:

A relação entre o número de terceirizados e o número de contratados diretamente pela empresa, para algumas categorias profissionais, revela uma proporção muito grande de empregados subcontratados, superando o de efetivos, como encontrado entre os petroleiros.

[...]

Essa relação do número de trabalhadores subcontratados (terceirizados) com o número de contratados (efetivos) diretamente modificou-se no tempo, pois houve um crescimento exponencial da terceirização em todos os setores de atividades, levando a aumentos muito maiores do número de terceirizados do que de efetivos. (ANTUNES e DRUCK, 2015, p. 25-26)

Adquire, desse modo, relevância impar voltar os olhos para essa mudança no modo de contratação de mão de obra no Brasil, pois a terceirização pode se transformar em instrumento de negação da relação jurídica mais característica do modo de produção moderno. Desse modo o capital estaria a tornar o trabalho um elemento dispensável no plano do discurso, vez que as relações de produção passam a ser todas interempresariais, embora na prática, o trabalho continue sendo um elemento indispensável para a reprodução do capital e para o sistema capitalista.

O modo como as autoridades políticas se referem à uma igualdade que não se implementa na prática é característico de momentos de crescimento avassalador da ideologia liberal, que apesar de superada na academia e na filosofia em razão dos efeitos nocivos de sua implementação na sociedade capitalista (efeitos nocivos que foram comprovados no decorrer da história e motivaram o advento do estado de bem-estar social).

A apresentação de sofismas cativa a massa popular e capta sua fé com afirmações como a de que a terceirização gera empregos, que para estudiosos do fenômeno equivalem à afirmação de que é o sol que gira em torno da terra, pois é o que evidentemente se vê todos os dias, vez que do ponto de vista do homem dentro da terra é o sol que se move enquanto a terra permanece parada.

Tal equívoco demonstra como a difusão dessas informações de matriz liberal¹⁸ que um dia foram tidas como verdadeiras com base no conhecimento empírico, possuem enorme força

¹⁸ Ressalta-se o respeito pelas ideologias adotadas por pesquisadores liberais/neoliberais conquanto se discorde das conclusões dessa corrente ideológica. Não se desconhece a impossibilidade de alcance da neutralidade plena ou da ausência de ideologia, entretanto, busca-se o tempo todo na presente pesquisa a manutenção do máximo de objetividade com vistas ao direcionamento da pesquisa afastado de subjetivismos e de noções de baixo grau de cientificidade.

em razão da ilusão que pode ser gerada na experiência cotidiana dadas as limitações da percepção humana imediata. Desse modo o que um dia foi algo que efetivamente contou com o consenso da elite pensante, hoje atua como uma nuvem de fumaça para o alcance de objetivos pautados nos interesses de alguns.

Nessa linha de efervescência da ideologia liberal como solução para a crise, o Voto da Ministra Carmem Lucia remete ao relato histórico constante na obra de Orlando Gomes, demonstrando que em momentos como esse, a ausência de coerência pode ser mais comum do que se imagina. O saudoso jurista baiano traz a baila o relato de Andrade Figueira acerca da revogação da Lei 2.827/1879, que previa regras mínimas para a locação de mão de obra (contrato cível equivalente ao contrato de emprego antes do surgimento do Direito do Trabalho) em caso de silêncio das partes.

Para Andrade Figueira, a grande virtude da lei de 1879 consistia na sua obediência ao princípio supletivo, pelo qual o legislador estatua a regra na ausência da convenção das partes, suprimindo o silêncio destas, quando não se tivessem manifestado. Considerava-a muito bem feita, exatamente porque era uma lei de caráter supletivo, como entre os romanos. E estranhava que na exposição de motivos do decreto que a revogou mandando observar o direito comum, se tivesse dito que, a respeito de contratos de locação, o melhor que o Governo tem a fazer é não fazer lei. Mas estranhava, porque a lei de 1879 era de cunho eminentemente subsidiário e, por isso, não precisava ser revogada.

Expressa vigorosamente o pensamento consequente do individualismo jurídico infenso a toda regulamentação legislativa do trabalho. (GOMES, 2006, p. 39-40)

Embora uma boa dose de liberdade seja necessária para o livre desenvolvimento da personalidade humana, a prática dessa liberdade no cotidiano da sociedade precisa observar as condições básicas de sobrevivência e oportunidades de participação no desenvolvimento social para todos de uma maneira razoavelmente igualitária, e isso é justamente o inverso do que a terceirização realiza na prática.

A afirmação supra remete a um condicionante da terceirização, pois calcada nos princípios constitucionais da igualdade e da Dignidade da pessoa humana. Ou seja, transcende os valores morais mais relevantes para o momento civilizatório no transcurso da história da humanidade, em que as pessoas da sociedade brasileira do século XXI se situam atualmente, alcançando a esfera do dever-ser jurídico, que reflete a vontade do povo externalizada pela assembleia nacional constituinte que resultou na promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil em 05 de outubro de 1988. Sendo esse o primeiro fator limitador da terceirização apontado por Delgado em sua obra sobre a Reforma Trabalhista de 2017.

A Constituição de 1988 buscou estruturar, no País, um Estado Democrático de Direito, que se funda em um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva. (DELGADO, 2017b, p. 199)

Os limites apresentados pela doutrina de Maurício Delgado à implementação da terceirização irrestrita remete às limitações ou barreiras à reforma trabalhista, pois a doutrina, considerada como o conjunto de argumentos e construções científicas coerentes acerca da ciência jurídica, apresenta com base no ordenamento jurídico por ela analisado, os limites e a extensão compatíveis ou não com esse todo coerente e sistematizado que é o ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa o principal posto.

São dois os parâmetros limitativos dessa incursão legislativa liberal e utilitarista que permitiu a terceirização irrestrita. Segundo Delgado (2017, p. 199) o primeiro é o Estado Democrático de Direito, que tem como consequência uma sociedade civil democrática e inclusiva, ao que acrescenta-se que não admite-se a utilização desmedida de um fenômeno com efeitos nocivos de maneira livremente deixada ao alvedrio de particulares cujos atos refletem diretamente nos direitos e condições de vida de terceiros sem que esses efeitos nocivos sejam amenizados ou prevenidos.

O Segundo parâmetro limitativo, segundo Maurício Delgado (2017, p. 199) é o caráter humanístico e social da Constituição Federal, embora o próprio Delgado ressalve que essa mesma Constituição tutela a livre iniciativa e a propriedade privada, como indícios de que mesmo o caráter humanístico da constituição sendo elemento central dentre os valores eleitos pela assembleia constituinte, nem mesmo esse valor goza do privilégio da irrefreabilidade e da ausência de limites ou contrapesos. Assim, ele destaca que ambos, propriedade privada e livre iniciativa, encontram limites em sua função social.

Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do País, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais.

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. (DELGADO, 2017, p. 201)

Entre as diversas previsões constitucionais que estabelecem a valorização do trabalho, do bem-estar, da justiça social, tendo em vista os objetivos da república federativa do Brasil e todas as previsões normativas constitucionais pertinentes ao tema da tutela do trabalho humano e da sociedade, bem como a análise sistemática da principiologia do Direito do Trabalho, Delgado defende a inadmissibilidade jurídica dessa regulamentação posta em contornos de autorização para a terceirização irrestrita. Isso equivale a defender sua inconstitucionalidade, conquanto já tenha sido visto alhures que no julgamento da ADPF 234 pelo Pleno do STF a maioria da

Suprema Corte brasileira incoerentemente chegou à conclusão contrária. Entretanto, relevantes as palavras de Delgado.

4.2.3 O teletrabalhador

O Teletrabalho já consistia uma realidade em nosso país. Muitas vezes ocorria na modalidade trabalho em domicílio, entretanto, qualquer que fosse o local (fora das dependências do empregador) em que a atividade laborativa fosse prestada pelo empregado, marcava presença no cotidiano dessa relação a utilização de instrumentos tecnológicos de comunicação.

Não à toa o Artigo 6º da CLT e seu Parágrafo único desde 2011 tenham ganhado redação que contemplava o trabalho realizado à distância, colocando-o dentro da proteção celetista mediante reconhecimento da relação de emprego ali existente e destacando a presença da subordinação jurídica mesmo quando levada a efeito mediante a utilização de meios telemáticos de comando controle e supervisão do trabalho prestado.

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011). (CLT, 2017)

A evolução tecnológica de fato torna conveniente a elaboração de normas legais para conferir previsibilidade às condutas dos sujeitos de direito e organizar as relações entre elas mediante a tutela dos bens jurídicos relevantes e especialmente daqueles que precisam de proteção mais intensa tanto do ponto de vista individual quanto do ponto de vista dos interesses coletivos.

No entanto, a essa altura da análise da reforma trabalhista de 2017, não é surpresa que a pretexto de regulamentar essas relações e de modernizar as leis trabalhistas, se tenha partido para uma desregulamentação e uma tentativa de desproteção do trabalhador. Dito isso, antes de apontar os retrocessos na regulamentação do teletrabalho, será verificada a contribuição conceitual criada pela reforma em 2017. Vejamos:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (CLT, 2017)

Nesse ponto a clareza da legislação é sempre bem-vinda, fornecendo conceitos e estruturando as relações jurídicas para que as partes da relação possam, pautadas pela boa-fé, estabelecer os direitos e obrigações compatíveis com a figura jurídica pertinente e para que elas compreendam a posição jurídica que o ordenamento lhes confere quando inseridas na aludida relação.

No Artigo 75-C, a CLT a partir de 2017 passou a prever o contato de trabalho relativo a essa relação jurídica empregatícia como ato jurídico formal cuja validade nos termos do 75-B dependerá de sua redução a termo, ou seja, o contrato necessariamente deverá ser escrito, pois se trata de formalidade comezinha de determinados contratos especiais, requisito sem o qual tal contrato se converteria na regra geral das contratações trabalhistas, que é o contrato por tempo indeterminado.

Embora numa análise crítica o estudioso do direito possa verificar a desnecessidade da exigência legal formalista de realização do contrato mediante documento escrito (em razão do princípio da primazia da realidade), há de se recordar sua utilidade para fins de produção de provas. No mesmo 75-C da CLT o texto do seu §1º determinou que seja considerada possível a mudança de trabalho em regime presencial para o teletrabalho mediante mutuo acordo (entre empregado e empregador). Aqui há de ressaltar que tal mudança deverá ser benéfica para o empregado, pois se for prejudicial, encontrará óbice no Art. 468 da CLT.

A reforma trabalhista, na contramão do caráter protetivo da legislação trabalhista, e da liberdade e voluntarismo objeto dos encômios dos civilistas mais tradicionais, garantiu ao empregador direito potestativo de maneira descuidada. Pois permite ao empregador converter o teletrabalhador em trabalhador presencial por ato unilateral desde que o conceda um prazo de 15 dias para se adaptar a essa transição. Vale a transcrição literal.

Art. 75-C. [...].

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial **por determinação do empregador**, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (CLT, **grifo nosso**, 2017)

Tamanha incúria do legislador, poderá colocar os empregadores em situações delicadas, pois a garantia legal da possibilidade de determinar unilateralmente a conversão exclusivamente no sentido de mudar o regime de teletrabalho para o regime presencial de trabalho pode conduzir ao esquecimento de que existem circunstâncias que dificultam tal exercício, que são as limitações emanadas de outros setores do ordenamento jurídico.

Desse modo, mesmo garantido ao empregador o direito potestativo de modificar o regime de teletrabalho pactuado mediante ato unilateral, a legislação não deixa o empregador livre das

consequências do seu ato, pois tal exercício unilateral pode ensejar danos materiais ou morais em razão das motivações que levaram à pactuação do contrato nos moldes iniciais.

Primeiramente pode ser verificada a quebra da boa-fé objetiva pela prática de ato contraditório (*venire contra factum proprium*). Exemplificando: O trabalhador que comprovadamente tenha optado por pactuar um contrato de emprego em regime de teletrabalho em detrimento de uma outra oferta para trabalhar em regime presencial, motivado pela comodidade de não precisar se locomover local diverso de sua residência ou “home office” poderá vir a ser indenizado por esse dano ao ser surpreendido com o exercício pelo empregador do seu direito potestativo de conversão do teletrabalhador para o regime presencial nos termos do Art. 75-C, §2º da CLT antes que se passe um tempo razoável de exercício da atividade laborativa objeto do contrato.

Diz-se isso porque não obstante a legislação conceda ao empregador tal prerrogativa, não o exime das consequências de seus atos diante das circunstâncias que cercam as condutas das partes em uma dada relação empregatícia no caso concreto, como a vedação ao exercício abusivo de direitos.

Apesar da inevitabilidade do advento do teletrabalho com a natural evolução tecnológica, por vezes a chamada tecnologia eliminadora de postos de emprego pode ao eliminar certas atividades laborativas implicar o surgimento de outras atividades e, portanto, de postos de emprego de outra natureza. Mas além de poder eliminar postos de emprego sem criar novos em outra atividade, a tecnologia, especificamente nessa modalidade de contratação de labor traz consigo outros problemas que estão ligados à utilização dessa modalidade de serviço em razão de sua própria natureza. Um problema cogitado pela doutrina é a chamada importação virtual do trabalho.

Ocorre aquilo que o professor espanhol Sanguinetti Raymond chama de “‘importacion virtual’ del trabajo al precio del Estado menos protector”, estimulando o fenômeno do *dumping* social. (MARTINEZ, 2017, p. 89)

Não bastasse a injustificável prerrogativa de modificação unilateral do regime de trabalho que antes fora instituído por mutuo consentimento (o que não se justifica apenas pela invocação do direito de propriedade do empregador sobre o patrimônio empresarial), o legislador reformador fugiu da “ratio” protecionista e ao mesmo tempo do voluntarismo tão estimado pelos civilistas clássicos.

Além disso, andou na contramão da característica da alteridade, que é inerente a à figura do empregador nos termos do Art. 2º da CLT (pois é o empregador que assume os riscos, e a sorte da atividade econômica), previu que o contrato necessariamente escrito de labor em regime

de teletrabalho deverá conter a previsão de qual deles, empregado ou empregador, arcará com as despesas de aquisição e manutenção de equipamentos e infraestrutura necessários para a prestação do serviço.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (CLT, 2017)

Há que se ressaltar que a alteridade, nos termos do escólio de Rodrigues Pinto e Pamplona Filho, não é elemento da relação de emprego infenso a críticas doutrinárias, entretanto, grandes doutrinadores internacionais como Manuel Alonso Olea, e nacionais, como Octávio Bueno Magno admitem sua importância na caracterização da relação de emprego, podendo ser definida como “a prestação do trabalho por conta do outro” constituindo “fonte de estudo da natureza e extensão dos riscos econômicos que podem ser atribuídos ao empregado sem descaracterizar a natureza de sua relação jurídica com a empresa” (PINTO e PAMPLONA FILHO, 2000, p. 73-74).

Ou seja, quando minorada a assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador, caminha-se juridicamente no sentido de conferir também ao empregado o direito de beneficiar-se diretamente pelo acréscimo patrimonial decorrente do sucesso do empreendimento. Logo, se não é o desejo da lei colocar o empregado na condição de empreendedor, exercente da livre iniciativa, não convém minorar o elemento da alteridade como fez o Art. 75-D da CLT.

Acerca desse dispositivo, embora o razoável fosse que dele expressamente constasse que somente em casos excepcionais o empregado deveria arcar com essas despesas, o legislador seguiu à risca a expectativa neoliberal de que cada trabalhador atue como uma empresa, arcando inclusive com os custos necessários ao desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo empregador, como bem elucida Marilena Chauí.

Vale ressaltar que a interpretação jurídica leva o estudioso a perceber o caráter excetivo dessa regra jurídica, e que diante da ausência de previsão no contrato, evidentemente aplicar-se-á a regra de que o empregador deverá arcar com os custos de aquisição e manutenção de equipamentos, ou mesmo reembolsar o empregado com relação a esses gastos.

Por fim, mas não menos importante, o legislador reformista “arranjou um lugarzinho” no Art. 62 da CLT para o teletrabalhador, de modo a ensejar debates doutrinários sobre a possibilidade de esse empregado receber horas extras com seu respectivo adicional quando realizar seu labor em regime de sobrejornada. Vale conferir a redação do aludido artigo:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho.

[...]. (CLT, **grifo nosso**, 2017)

Vale ressaltar que a doutrina majoritária tem tratado esse artigo com norma jurídica fixadora de presunção relativa. Mas diante da praticidade do indeferimento por ausência de possibilidade jurídica do pedido de horas extras do teletrabalhador, pode ser que algum interprete inadvertidamente pretenda, a priori, lê-lo como presunção absoluta. Estará equivocado. Nesses termos vale apontar as lições de Luciano Martinez, que são nesse sentido (2017, p. 82-83).

Assim, como qualquer dos empregados constantes do rol do Art. 62 da CLT, se o teletrabalhador se encontra submetido a controle de jornada no seu dia a dia, prevalecerá esse contrato-realidade, pois os princípios da verdade real e da primazia da realidade sobre a forma determinarão que uma vez exercida pelo empregador a fiscalização dos horários, especialmente por meios telemáticos, que equivalem aos presenciais (nos termos do Art. 6º, Parágrafo Único da CLT já transcrito alhures), esse teletrabalhador que efetivamente laborou em sobrejornada fará jus ao pagamento das horas excedentes da jornada constitucional (ou contratada, se inferior a ela) com o seu respectivo adicional de horas extraordinárias.

4.2.4 Empregados hipersuficientes

Em virtude das necessidades da vida, ordinariamente o trabalhador desempregado precisa se submeter a contratos de trabalho que são propostos pelo empregador em termos que por vezes estão longe das condições ideais para o trabalhador sustentar a si mesmo e sua família, bem como investir na qualificação e manutenção de sua força de trabalho. Entretanto, excepcionalmente, determinadas profissões em dados momentos históricos de escassez daquela habilidade, ou por outros motivos que eventualmente elevem substancialmente o preço de um serviço específico, fazem com que alguns trabalhadores pontuais fujam à regra de apenas aceitar ou não pactuar o contrato de emprego nos termos propostos pelo empregador.

É verdade que mesmo esses trabalhadores em condições de vantagem por qualificação, escassez ou outro motivo, se inserem na atividade empresarial do seu empregador e

consequentemente não podem, por maior que seja seu poder de barganha, determinar todas as cláusulas e condições de trabalho dentro das possibilidades legais, como geralmente o fazem os empregadores. Entretanto, diante da situação excepcional que garante ao trabalhador tal poder de barganha, ele poderá ao menos influenciar as cláusulas mais importantes daquela contratação.

É essa condição excepcional, de discutir em pé de igualdade cláusulas contratuais (a exemplo da cláusula que fixa o montante salarial), ou mesmo de exigir determinado patamar quantitativo ou qualitativo dessas cláusulas importantes, o que a doutrina recentemente convencionou chamar de hiperssuficiência do trabalhador.

A reforma trabalhista, com base nessa constatação, previu duas normas para identificar esse trabalhador e tratou de garantir maior margem de liberdade em sua negociação do momento da pactuação do contrato de trabalho. Porém, utilizou critério altamente criticável para aferir essa hiperssuficiência no caso concreto e possibilitou maior liberdade para casos reais nos quais relativizar a proteção legal do trabalhador aparenta ser no mínimo discutível.

Os Artigos 444, Parágrafo único e 507-A da CLT fixaram como critério para a aferição da hiperssuficiência a análise da pactuação do contrato empregatício considerando o valor do salário juntamente com o nível superior de escolaridade do contratante empregado, ou somente o valor da remuneração deste a depender do caso. Desse modo cada uma das duas figuras jurídicas que compõe a categoria dos empregados hiperssuficientes poderá exercer a liberdade atribuída para ele nos termos abaixo.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (CLT, 2017)

Salta aos olhos que a liberdade referida nas linhas anteriores, é a liberdade, no primeiro caso, de negociar como se ente coletivo fosse, dentro das matérias do rol exemplificativo de direitos sujeitos à negociação coletiva prevista no Art. 611-A da CLT. E no segundo caso, poderá eleger como foro competente para as lides advindas daquela relação de emprego uma corte arbitral, retirando tal eventual lide do âmbito da competência da Justiça do Trabalho.

Como nota-se, não bastasse o critério altamente falho de aferição da hiperssuficiência, a margem de liberdade conferida é moldada de modo a desproteger aquele trabalhador, pois dificilmente ele terá mais força do que a entidade coletiva para negociar, e quando tiver, ao poder repactuar o coletivamente negociado, porém agora no âmbito de sua relação individual, acarretará perda da representatividade e de efetividade das lutas sindicais e das negociações coletivas.

Ademais, a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem poderá ser algo bom ou ruim a depender do perfil daqueles que compõem a corte arbitral, o que dificilmente será do conhecimento do trabalhador, e ainda que o seja, quando o critério de aferição da hiperssuficiência houver falhado, e na verdade ele for hipossuficiente, implicará em total desproteção do empregado e até inviabilização do acesso à justiça (direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV da CF).

Para analisar cada figura de trabalhador hiperssuficiente, convém identificar cada um por um nome para fins didáticos. De início, pela ordem disposta na CLT, deve-se falar do empregado previsto no Art. 444, Parágrafo único, que aqui será chamado de Sucedâneo Coletivo Diplomado, em segundo lugar caberá falar do Pactuante de Compromisso Arbitral (Art. 507-A), e por fim do Empregado Hiperssuficiente Total, que será aquele que concomitantemente preencha os requisitos dos Artigos 444, Parágrafo único e Art. 507-A da CLT.

O primeiro nome merece elucidações. Destacando que sucedâneo é aquilo que faz as vezes de algo, que substitui algo, desse modo, resta claro que o trabalhador que pode fazer as vezes do seu sindicato e repactuar cláusulas constantes de Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho, ou mesmo pactuar os temas que poderiam ser objeto dessas negociações, pode, por preencher (entre outros) o requisito de ter diploma de curso de nível superior, é de fato um Sucedâneo coletivo diplomado.

As outras duas figuras têm os respectivos epítetos escolhidos para fins didáticos especialmente claros, elementares e até mesmo intuitivos, dispensando explicações terminológicas. Desse modo, apenas pela eleição das três figuras, resta claro que não necessariamente, o trabalhador previsto no Art. 444, Parágrafo único (Sucedâneo coletivo diplomado) será um potencial pactuante de compromisso arbitral, pois o salário não se confunde com a remuneração.

De outra banda, o pactuante de compromisso arbitral, muitas vezes não conseguirá ser um sucedâneo coletivo diplomado em razão da falta de diploma de curso de nível superior. Mas por vezes, teremos trabalhadores que, com altos valores salariais e remuneratórios e sendo

portadores de diploma de curso de nível superior serão alcançados pelas previsões contidas em ambos os artigos da CLT, pelo que poderão ser didaticamente identificados como empregado hiperssuficiente total.

Percebe-se diante do exposto, que mediante uma construção jurídica adequada, será possível distinguir se um dado empregado será abrangido pela incidência de uma, de outra, ou de ambas as normas que regulam a presumida hiperssuficiência do empregado. Mas para essa aferição, se faz imprescindível a diferenciação entre salário e remuneração. Tema controvertido na doutrina trabalhista, entretanto deveras elucidativo para o presente contexto.

De logo, a doutrina apresenta três correntes que propõem diferentes conceitos de remuneração, a primeira delas é apresentada por Maurício Delgado como de uso comum na doutrina e jurisprudência, que têm salário e remuneração como sinônimos, ou seja, palavras equivalentes. Entretanto essa não é a corrente que faz a melhor interpretação do ordenamento jurídico trabalhista. Tanto é assim que o próprio Delgado adota a segunda corrente.

O conceito adotado por Delgado com base nas lições de José Martins Catharino, representa a segunda das correntes aqui dispostas e considera como sendo o salário um “conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho” (DELGADO, 2017, p. 799).

A terceira corrente, apresentada por Delgado é a que se baseia no texto expresso da CLT, considerando os Arts. 76 e 457. Valendo ressaltar aqui que antes da reforma trabalhista, essa corrente considerava como Salário “o conjunto de parcelas contraprestativas devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego” (DELGADO, 2012, p. 708) e a partir daí, a CLT valeu-se do conceito de salário, segundo Delgado, para incluir na figura jurídica da remuneração as gorjetas recebidas pelo obreiro (2012, p. 708). Porém, com a Reforma Trabalhista de 2017 o Art. 457 ganhou um conceito diferente de salário. Vejamos:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017). (CLT, 2017)

Em doutrina posterior à reforma trabalhista, em razão da qualidade da sistematização doutrinária no âmbito de um tema tão complexo como é o caso das parcelas oriundas do trabalho, além das lições de Delgado, convém incluir na abordagem as lições de Luciano Martinez (2017, p. 504), que divide tais parcelas em: parcelas de natureza trabalhista e remuneratórias (abrangendo as parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ou por terceiros

em razão dos serviços prestados); parcelas de natureza trabalhista e não remuneratórias (englobando multas aplicadas ao empregador, ressarcimento de gastos realizados pelo empregado com a execução do serviço e parcelas cuja natureza remuneratória foi afastada pela lei), e; Parcelas de natureza não trabalhista conexas ao contrato de trabalho (que originam de relações jurídicas ou contratos conexos ao contrato de trabalho, porém de natureza jurídica diversa deste, de modo que tais parcelas não são essencialmente trabalhistas).

Dentro do primeiro grupo, as parcelas de natureza trabalhista e remuneratória encontrar-se-ão o salário-base, os complementos salariais e os suplementos salariais. Sendo o primeiro a retribuição outorgada pelo empregador em razão das atividades que formam o núcleo-base das atribuições para as quais o empregado foi contratado (2017, p. 505); Os complementos salariais decorrem de circunstâncias adicionais e somente persiste seu pagamento enquanto persistirem as circunstâncias ocasionais que o ensejaram (p. 505), sendo que estão presos à força atrativa do salário-base (p. 528); Por sua vez os suplementos salariais são as retribuições outorgadas por terceiros com objetivo de incentivar à boa prestação dos serviços (p. 505), ou seja, de modo geral, são as gorjetas e as gueltas.

Todo o disposto resta claro para fins de diferenciação entre salário e remuneração com base na doutrina de Martinez, quando ele afirma que a remuneração é composta pelo salário-base, complementos salariais e suplementos salariais (2017, p. 505). Desse modo, resta claro que os parâmetros para a aferição do enquadramento na condição de sucedido coletivo diplomado e o enquadramento na condição de pretenso pactuante de compromisso arbitral no que tange ao patamar retributivo são diferentes.

Para estar no âmbito de abrangência da primeira figura jurídica o empregado precisará ser contratado por salário (salário-base) mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (frisando que poderá ser igual a esse limite, que embora seja atualizado todos os anos, em 2018 é de R\$ 11.291,60), ao passo será mais fácil o trabalhador ser abrangido pela incidência do Art. 507-A e se tornar um pactuante de compromisso arbitral, vez que mesmo tendo salário base inferior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que será relevante para fins do Art. 507-A é o valor de sua remuneração.

Ou seja, a soma de salário-base, complementos salariais e suplementos salariais, lembrando que para que possa ser pactuante de tal cláusula, não bastará que a remuneração seja igual ao dobro do aludido teto, sendo imprescindível que tal valor da remuneração ultrapasse

o dobro teto do RGPS (sendo portanto, a remuneração em 2018, superior a R\$ 11.291,60) que é objeto de atualização anual pelo governo Federal.

Vale lembrar que o patamar retributivo terá um critério adicional para o caso do sucedâneo coletivo diplomado, vez que esse, como o nome denota, precisa ter diploma de curso de nível superior para negociar com o empregador com a mesma eficácia legal dos instrumentos coletivos eventualmente existentes e inclusive preponderando sobre eles. Mas, uma vez preenchidos os requisitos de ambas as previsões legais, considerando o patamar retributivo do empregado e a utilização de diploma comprobatório da conclusão de curso de nível superior, esse empregado será considerado um hiperssuficiente total, pois estará no âmbito de incidência de ambas as normas comentadas (Arts. 444, Parágrafo único e 507-A da CLT).

Expostos os detalhes da regulamentação criada pela reforma trabalhista de 2017, não se pode olvidar que as críticas dos doutrinadores utilizados na abordagem dos “hipossuficientes” à essa previsão legislativa são contundentes, iniciando pelo fato de que “Não necessariamente quem recebe um pouco mais frui de mais autonomia” (MARTINEZ, 2018, p. 117) e continuando, numa visão mais ampla sobre a própria existência dessa regulamentação encontra-se a afirmação de que “Trata-se, contudo, de ideia sem qualquer base empírica, teórica ou científica, além de ser manifestamente dissociada da matriz lógica e sistêmica do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2017b, p. 160).

E a razão assiste a ambos, visto que por vezes, é justamente a oferta de um salário ou uma remuneração acima da média praticada no mercado que pode colocar o empregado tido por hiperssuficiente no dilema de ter que negociar direitos que em regra somente podem ser alterados via negociação coletiva¹⁹, e portanto, mediante a proteção do sindicato (que atua em pé de igualdade com o empregador e a categoria econômica). É perceptível que a regulamentação do jeito que foi formulada permite uma diferenciação injusta entre empregados.

Trata-se, conforme se percebe, de regra de evidente discriminação entre empregados - outra, entre tantas da Lei da Reforma Trabalhista -, largamente afastada da matriz constitucional de 1988 e do universo normativo internacional trabalhista vigente no plano interno da sociedade e economia brasileiras. (DELGADO, 2017b, p. 160)

Sem maiores pretensões de solucionar o problema da discriminação injusta apontado, mas apenas como uma sugestão que visa a fomentar a reflexão do leitor e da comunidade jurídica, talvez fosse salutar acrescer a ambas as figuras de empregados tidos por hiperssuficientes um requisito adicional a exemplo de: a) comprovação de existência de relação empregatícia do empregado a ser contratado e um empregador anterior ao pretense contratante,

¹⁹ Antes da reforma essa regra não admitia exceção mediante negociação individual. Após a reforma, o Sucedâneo coletivo diplomado e o Hiperssuficiente total podem fazê-lo.

ou; b) a comprovação pelo empregado da aferição de rendimentos significativos de qualquer origem lícita (em patamar similar ao já previsto em lei para a caracterização da hiperssuficiência) durante um dado lapso temporal anterior à contratação a que aludem os Arts. 444, Parágrafo único e 507-A da CLT.

Esse dilema, se não for observado pelo legislador, diante de sua omissão, bem como do judiciário e da doutrina quanto à insuficiência desse critério claudicante, pode acarretar a ocorrência de suporte fático ensejador de diversas mazelas sociais que virão a onerar os cofres públicos, por exemplo casos de adoecimento do trabalhador em razão do descumprimento de normas de saúde do trabalho como a duração da jornada e intervalos, que não são consideradas como tal para fins do Art. 611-A como dispõe claramente seu parágrafo único.

Não bastasse os danos a que se expôs o trabalhador individualmente, a contratação de empregados com patamar retributivo mais elevado pode ensejar a perda da força das negociações coletivas levadas a cabo pelos sindicatos, de modo que o prejuízo transversal desembocará naqueles trabalhadores que contavam com a normatização coletiva, pois se o acordo ou convenção coletiva perde força, não ocorrerá a repactuação, e o empregado com baixa retribuição além de não ter tido a possibilidade de barganhar a troca do direito por maior patamar salarial, acabará por ficar sem os direitos que lá estavam previstos, especialmente em razão da vedação à ultratividade das normas coletivamente pactuadas levada a efeito pela modificação do Art. 614, §3º da CLT pela Lei 13.467/2017.

Não bastasse a inadequação do critério do patamar retributivo, que é altamente falho por não aferir se o empregado detinha poder de barganha no momento da pactuação do contrato, bem como por não aferir se esse poder de barganha se manteve no curso do contrato (vez que em tempos de desemprego os postos de alta retribuição se tornam mais escassos, tornando vulnerável o empregado que acaso já não o fosse), há ainda o afastamento da competência da Justiça do Trabalho.

A proposta de critério adicional não deve criar ilusões diante do caráter discriminatório e anti-protetivo que possui essa norma, que inclusive, para grandes críticos da reforma, estariam em uma contradição tal com o sistema protetivo trabalhista, que imporia a escolha entre a vigência do caput do Art. 444 da CLT ou do seu parágrafo único.

A única interpretação capaz de harmonizar essa norma com o sistema de proteção ao trabalho é a que o sujeita à dicção do caput. Sabemos que o objetivo, aqui, é permitir alterações que contravenham disposições legais, mas não há como aplicar a regra desse modo, seja porque implicaria negação do próprio conteúdo do caput, que é o de negar a possibilidade de “livre estipulação” para aquém do mínimo legal, seja porque equivaleria a tolerar renúncia, algo vedado tanto pelo artigo 9º da CLT quanto pelos

artigos 1.707 do Código Civil e 100 da Constituição. (SEVERO e SOUTO MAIOR, 2017, p. 99)

Antes de falar da possibilidade de submissão de lides trabalhistas à corte arbitral, convém lembrar que o trabalhador em geral é hipossuficiente mesmo que tenha um salário alto. Nesse ponto, vale exemplificar com o caso dos jogadores de futebol, que mesmo, muitos deles com salários altos, são excluídos do time, colocados de lado como retaliação juridicamente inadequada a algum comportamento, o que enseja discussões sobre o direito ao trabalho. E de outra banda, jogadores que obtêm uma supervalorização em seu mercado de trabalho num curto espaço de tempo, podem trazer patrimônio para o clube ou dar prejuízo a depender de sua postura profissional, de modo que não há relação direta entre o patamar retributivo aferido pelo empregado e sua condição de preponderância diante do empregador por titularizar algum tipo de poder de fato decorrente de seu status profissional momentâneo.

Dito isso, cumpre adentrar no direito do empregado de acesso à justiça. E, nesse ponto, o potencial pactuante de compromisso arbitral se encontra inserido numa situação delicada, pois a doutrina trabalhista pré-reforma, majoritariamente, nunca aceitou a arbitragem nas lides trabalhistas individuais em decorrência da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Tratando sobre arbitragem José Cairo Jr, dispõe que “Objetivamente, a matéria posta à apreciação do árbitro deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis” (CAIRO JR., 2018, p. 110).

Outro motivo invocado pela doutrina, tradicionalmente foi a natural hipossuficiência do empregado, que está constantemente submetido ao poder diretivo do patrão e suscetível à utilização pelo empregador do seu direito potestativo de dispensar imotivadamente o empregado. Entretanto, a reforma trabalhista, numa malfadada investida contemporizadora, dado o critério eleito, tentou selecionar os empregados que poderiam pactuar compromisso arbitral e submeter suas lides aos tribunais arbitrais à livre escolha das partes.

Embora após a previsão legislativa de possibilidade excepcional de submissão de dissídios individuais trabalhistas a juízo arbitral quando o empregado preenche o requisito retributivo previsto no Art. 507-A (tornando-se um potencial pactuante de compromisso arbitral), permanece majoritário o entendimento de que o empregado hipossuficiente não pode se submeter a tal procedimento (o que pode ser percebido por uma interpretação a contrario sensu do próprio Art. 507-A da CLT).

Apesar disso, mesmo com a insistente implementação da ideologia neoliberal propalada pelo governo provisório que assumiu o poder em 2016 e sua aparente tendência de continuar nesse movimento crescente após as eleições de 2018, encontra-se na doutrina alguns autores, a

exemplo de José Cairo Jr. que manifestam clara insegurança na prevalência desse entendimento mesmo diante desse panorama ideológico, Vejamos:

[...] ainda permanece a dúvida sobre a possibilidade de optar pela arbitragem quando se tratar de litígio decorrente da relação de emprego com empregado hipossuficiente. A doutrina e jurisprudência reconhecem que os direitos trabalhistas desse empregado são irrenunciáveis durante a formação e execução do contrato de trabalho.

Contudo, uma vez extinto o pacto laboral não estaria mais o trabalhador submetido ao poder diretivo do seu patrão, o que faria desaparecer a presunção de vício na sua manifestação de vontade. Nesse momento, o recurso à arbitragem seria possível para o hipossuficiente, apesar de não ser tradição no direito brasileiro. (CAIRO JR, 2018, p. 111)

Além do critério altamente questionável, há de se ressaltar que a Justiça do Trabalho é um ramo do judiciário altamente especializado e que trata de uma matéria deveras peculiar que é o Direito do Trabalho, especialmente por envolver o elemento humano e ser dotada de uma racionalidade muito própria dada sua autonomia e seus princípios específicos. Mas acrescenta-se a esse fator, a alta complexidade (que decorre da complexidade das relações sociais e de produção hodiernamente) e especificidade das normas trabalhistas, que requerem uma atuação especializada do magistrado. Não é só, pois há ainda, por parte da advocacia, as seguintes preocupações:

Um dos grandes receios da arbitragem trabalhista é a capacidade econômica do empregado arcar com os seus custos, mais elevadas do que os da Justiça do Trabalho, especialmente se considerarmos a potencial hipossuficiência de boa parte dos reclamantes

[...]

Outra grande preocupação está em se evitar que o empregado firme cláusula compromissória sem que tenha a exata noção das consequências. Afinal, a Justiça do Trabalho é mais barata e tende a proteger o empregado. (MUNIZ, 2017)

Há de se ressaltar ainda, que diante da falha no critério de aferição da existência de um excepcional equilíbrio de forças entre empregador e empregado afim de qualifica-lo como hiperssuficiente implicará na possibilidade de o empregador impor ao empregado a corte arbitral cujo entendimento ele já conhece, e que seja a mais restritiva de direitos em sua interpretação dentre as possibilidades existentes, e nada poderá o empregado fazer para resistir ao condicionamento da contratação à presença de tal cláusula.

4.2.5 Trabalho em regime de tempo parcial

Há que atentar nessa espécie de contrato de emprego que, talvez, o analista do direito esteja diante de uma das raras melhorias de condições de trabalho implementadas pela reforma trabalhista de 2017 ao tratar do trabalho em regime de tempo parcial, pois a esse trabalhador foi

estendido o regramento geral de férias (Art. 58-A, §7º da CLT), que é mais benéfico do que a aplicação da antiga tabela do Art. 130-A da CLT, atualmente revogado, que fixava as férias desse trabalhador entre 8 e 18 dias corridos dentre outras minúcias.

No tocante ao instituto justralhista das férias, conquanto tenha sofrido as alterações que ampliam a margem de conformação do gozo das férias à vontade das partes (podendo trazer prejuízos à saúde do empregado, apesar de por vezes realmente permitir um melhor planejamento do lazer conforme as programações feitas pelo empregado durante o ano que compõe o período concessivo) como: a constante do Art. 134, §1º da CLT, permitindo a tripartição das férias desde que um período não seja inferior a 14 dias corridos e os demais não sejam inferiores a cinco dias corridos; a do §3º do mesmo artigo, vedando o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou repouso semanal remunerado; e a revogação da obrigatoriedade de concessão do período de férias do menor de 18 anos e do maior de 50 anos em um único período contínuo. Ainda assim, é um regramento mais benéfico do que aquele constante do revogado Artigo 130-A da CLT.

A motivação para essa alteração benéfica talvez seja a de fomentar a contratação nessa modalidade, vez que a antiga redação promulgada em 2001 não tinha conseguido alcançar uma eficácia social mínima, pois na maioria das varas trabalhistas os juízes nunca tiveram de lidar com contratos dessa modalidade, pois poucos empregadores e empregados pactuaram contratos nesses termos, que permitia (e permite) o pagamento de um salário inferior ao mínimo mensal desde que respeitado o valor do salário mínimo/hora.

A nova regulamentação levada a efeito pela Lei 13.467/2017 mediante a alteração do Art. 58-A da CLT fixa duas modalidades de contrato de trabalho em regime de tempo parcial. A primeira modalidade limitada a uma duração semanal do labor de 30H (trinta horas) sem a possibilidade de realização de horas suplementares (ou seja, não permite a realização de horas extras), e uma segunda modalidade na qual a duração semanal máxima do labor semanal não pode exceder a 26H (vinte e seis horas) permitida nesse segundo caso a realização de até seus horas suplementares semanais.

Delgado aponta que essa modificação nos limites da jornada semanal caracterizadora do trabalho em regime de tempo parcial implicou na ampliação desse instituto (2017b, p. 123), valendo ressaltar que esse regime sempre foi conhecidamente flexibilizante, vez que permite que um empregado receba valor mensal global inferior a um salário mínimo (respeitado o salário mínimo/hora). E além de a ordem jurídica impor limite mínimo ao salário pago mediante a aplicação do salário mínimo hora, tal modalidade de pactuação igualmente encontra limites

quanto à pré-contratação de trabalho em sobrejornada, pois “não se pode conceber que se estabeleça uma pré-contratação de horas extras, ainda mais porque a Constituição só permite a extrapolação da jornada normal, de forma esporádica, como ‘serviço extraordinário’” (SEVERO e SOUTO MAIOR, 2017, p. 50).

Desde logo atente-se que os dois limites máximos não se equivalem para fins de custos para o empregador, pois o cumprimento legal da contratação na modalidade superior a 26 horas ensejará o pagamento do número de horas contratado (hipoteticamente, se contratou 30, pagará por 30 horas); entretanto quando na modalidade não excedente de 26 horas semanais, se o empregador se valer da possibilidade de realização de serviço suplementar, pagará as horas extras acrescidas do adicional de horas extras de no mínimo 50% (ou seja, hipoteticamente, se contratou por 26 horas e demandou da força de trabalho por mais 6 horas extraordinárias por semana, pagará o equivalente a 35 hora de trabalho semanais, isso se não houver previsão de adicional de horas extras superior a 50% para esse determinado caso específico).

Ressalte-se ainda que, em qualquer das duas modalidades, havendo extrapolação dos limites legais, o empregado receberá pelas horas de labor efetivamente prestadas, ainda que ultrapassado o limite legal, como soe ocorrer na aplicação do sistema de nulidades de direito material trabalhista. É esse, inclusive, o entendimento que se encontra consolidado no enunciado da Súmula 376, I do TST.

SUM-376 HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. RE-FLEXOS - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (TST, 2018)

Diante de mais uma modalidade de contrato de trabalho de matriz flexibilizante de baixa eficácia social, resta observar que qualquer regulamentação que enseje pagamentos dentro do valor de mercado não aguça a avidez empresarial do mercado altamente competitivo. Lamentavelmente, o que se nota é uma maior implementação de artifícios fraudulentos para escapar da incidência da legislação trabalhista, ou convencer o empregado de que ele está fora de seu âmbito de incidência (quando juridicamente a lei o assiste), como é o caso da pejetização, mecanismo fraudulento que busca a aparência de evasão da relação trabalhista do âmbito de incidência do Direito do Trabalho com a finalidade de fruir de mão de obra mais barata que sua concorrência que seja leal cumpridora da normatividade trabalhista, obtendo desse modo vantagem ilícita que não deve ser admitida pelo Direito pela Justiça e pela Fiscalização, todos trabalhistas.

Relevante frisar que nem toda contratação para jornada até 30 horas semanais será obrigatoriamente regida pela disciplina dos contratos em regime de tempo parcial, pois é juridicamente possível que empregador e empregado pactuem contrato de trabalho com jornada inferior às 44 horas semanais regidas pela regra geral da CLT, podendo o empregador fazer constar do contrato que a jornada reduzida constitui simples cláusula de melhoria das condições de trabalho do empregado, como bem observa Luciano Martinez (2018, p. 64).

Em arremate, o contrato de trabalho em regime de tempo parcial precisa ser expresso, pois ambas as partes precisam estar cientes mediante manifestação de vontade recíproca acerca do teor da contratação no tocante à utilização dessa modalidade excepcional de contratação. Mas não há exigência legal de que tal contratação seja escrita, pois a regra geral do direito do trabalho é que o contrato de trabalho é um contrato que dispensa formalidades, sendo esse, inclusive, o posicionamento constante das lições de Martinez (2018, p. 62). Havendo a contratação, para fins de produção de prova, recomenda-se a redução do contrato a termo, ou seja, a realização do contrato mediante instrumento escrito será apenas “ad probationem” e não “ad solemnitatem” (2018, p. 62).

4.3 Principiologia e hermenêutica jurídica como barreiras

Como se viu, vários são os institutos criados ou alterados pela reforma trabalhista de 2017, e apenas foi abordado um rol exemplificativo dada a desnecessidade da análise à exaustão dos dispositivos alterados para os fins da presente pesquisa, vez que os objetivos já ficam claros com a análise preliminar proposta.

Mas as alterações pontuais, na esteira da abordagem enfatizada desde a introdução até a primeira parte do desenvolvimento da presente pesquisa, não possuem o condão de alterar os objetivos e a lógica justralhista. Desse modo, nem a principiologia do Direito do Trabalho, nem as peculiaridades inerentes ao seu desenvolvimento científico são afetadas pela mera investida infraconstitucional levada a efeito pela reforma trabalhista. “De todo modo, a preocupação com a consagração da justiça social, mesmo no bojo da “reforma”, acabou sendo reconhecida como essência do Direito do Trabalho, mantendo-se intacta a base principiológica desse ramo do Direito” (SEVERO, 2017, p. 24).

Assim, toda a reforma, antes de ser aplicada, será constantemente submetida a conformações mediante uma análise sob o prisma constitucional e principiológico justralhista, que constituem ferramentas do arsenal jurídico-hermenêutico à disposição do interprete. Sendo

nesse sentido a afirmação dos juristas Souto Maior e Valdete Severo na qual enfatizam que o reformador trabalhista de 2017 não foi um crítico da existência do Direito do trabalho, reconhecendo sua necessidade para a sociedade e mais que isso, *in verbis*, “em certa medida, um reconhecimento explícito da importância do Direito do Trabalho” (SEVERO e SOUTO MAIOR, 2017, p. 24).

O que significa que, mesmo a reforma trabalhista de 2017 sendo voltada para a desproteção dos trabalhadores e para a ampliação da margem de realização das vontades das partes da relação de emprego em detrimento da tutela da saúde do trabalhador e do equilíbrio da relação contratual trabalhista, ela não pode ser lida de maneira desvinculada dos valores sociais predominantes no momento civilizatório atual, dos valores consagrados na constituição, e dos valores e da racionalidade inerente à evolução do ramo científico autônomo que constitui o Direito do Trabalho no âmbito das ciências jurídicas. Vejamos:

Os principais propagandistas da reforma, muitos deles mais preocupados com os dividendos pessoais da aprovação de uma reforma, qualquer que fosse ela, portanto, para impedir o insucesso da empreitada, dada a repercussão pública que o debate sobre a questão, contrariamente ao que se pretendia, acabou atingindo, viram-se obrigados a destacar e a defender a finalidade social do Direito do Trabalho, apoiada em ideais humanísticos e na solidariedade como forma de proteção da parte mais fraca e para corrigir situações de privilégios.

É claro que esses valores foram expressos apenas retoricamente. (SEVERO e SOUTO MAIOR, 2017, p. 24)

Verifica-se todo o tempo, que a opinião dos grandes juristas da atualidade não destoa do que vem sendo abordado todo o tempo na presente pesquisa, de modo que interpretar a reforma trabalhista de 2017 e aplica-la, apesar de todas as críticas a que tal reforma dá ensejo, consiste exatamente em conformá-la ao sistema posto, e não o inverso.

E a abordagem previdente de interpretação possui, para além de sua correção técnico-jurídica, a qualidade de prevenir que a eficácia social da reforma seja mais nociva do que os efeitos jurídicos que lhe são permitidos, fazendo da realidade uma sucessão de erros trágicos não acobertados pelo direito, mas pela ilusão dos pactuantes de relação de emprego não iniciados no tema do Direito do Trabalho.

4.3.1 A supremacia da constituição

O balizamento do ordenamento jurídico em conformidade com a normatividade constitucional e suas diretrizes, pautado na doutrina kelseniana que concebe a Constituição no topo da hierarquia normativa, possui diversas consequências no modo de aplicação do direito. Considerando esse pressuposto Eros Grau afirma pautado nos ensinamentos de Gadamer, que num único ato se realiza a interpretação e a aplicação do Direito (2006, p.33), e a partir da condição de supremacia da constituição e de fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, não se pode numa interpretação de norma jurídica deixar de ter em consideração as diretrizes constitucionais. Essa dinâmica está diretamente relacionada com a busca da máxima efetividade dos dispositivos constitucionais.

Não à toa, a doutrina constitucionalista moderna aponta a existência de alguns princípios de interpretação constitucional que devem guiar a atividade de interpretação e aplicação do interprete e aplicador do Direito no momento da aferição do real significado, alcance e conteúdo de um texto normativo. Assim dispõe Cunha Jr.:

O princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o interprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades.

[...]

O princípio da conformidade funcional tem por finalidade exatamente impedir que o interprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e divisão das funções constitucionais. (CUNHA JR, 2016, p. 196).

A máxima efetividade da constituição e a sistemática formulada pelo constituinte para o funcionamento pátrio do Direito do trabalho observa a historicidade de a teleologia desse ramo jurídico, pois deixa claro no Caput do Artigo 7º que aqueles direitos lá elencados são direitos mínimos, fomentando não apenas uma tendência de progressividade social de criação de normas trabalhistas protetivas, mas expressamente consagrando o objetivo de melhoria das condições sociais dos trabalhadores na fixação daqueles direitos, que são claramente de titularidade dos trabalhadores urbanos e rurais. Desse modo, as demais previsões normativas trabalhistas, virão para aumentar aquele rol, nunca para diminuir.

Ademais, o texto do Artigo 7º observa o tradicional princípio da proteção, explicado por Pinho Pedreira da Silva com lucidez a partir do objetivo do legislador de promover a proteção da parte sabidamente hipossuficiente da relação de emprego, que é o empregado, seja em razão da sua vulnerabilidade financeira ou de seu baixo nível de conhecimento, referido pelo autor como “inferioridade-ignorância” (1996, p. 19-20).

Outro fator a levar em consideração, é a importância da teleologia do Direito do Trabalho, que é imprescindível para a manutenção da coerência de um estudo científico. Porém essa teleologia pode ser exposta por diversos pontos de vista, um deles é mediante a afirmação de que “dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o de Proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é causa e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste.” (SILVA, 1996, p. 24).

É a consagração desse princípio no plano constitucional, mediante a fixação de direitos mínimos, que demonstra um princípio conseqüente dele com origem diretamente constitucional, que é o princípio da norma mais favorável, que no dizer de Plá Rodriguez, baseado nas lições de Russomano e Nascimento destaca seu potencial de inverter a hierarquia das normas, quebrando a lógica da hierarquia das fontes (2002, p. 123-124) fazendo prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador sobre aquela menos favorável.

Nesse momento vale lembrar as funções que os princípios exercem no ordenamento jurídico, que podem ser resumidas com base na doutrina consultada em quatro funções: Normativa (como fonte de prescrição de condutas no âmbito do dever-ser), integrativa (auxiliando na colmatação de lacunas, especialmente os princípios gerais nos termos da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), informativa (inspirando o legislador na elaboração de direitos) e interpretativa (como veios iluminadores que guiam o interprete na aplicação do direito ao balizar-se pelos pilares centrais de um determinado ramo jurídico). Sendo que em diversos autores essas funções são apontadas, convém citar algumas passagens doutrinárias:

Cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à essência do conjunto do sistema de Direito. São chamados princípios descritivos ou informativos, na medida em que propiciam uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisada. (DELGADO, 2015, p. 193).

Embora haja convergência doutrinária para essa multiplicidade de funções, a sistematização se mostra relativamente variante, de modo que Plá Rodriguez cita as lições de De Castro, que apresenta apenas três funções (informadora, normativa e interpretativa) e aprofunda nas lições de Garcia Martínez, que acrescenta funções adicionais, que são as funções de filtros, de diques, de cunha, de incentivadores da imaginação criadora, de recriadores de normas obsoletas, de organizadores e de coordenadores (2002, p. 43-45).

Importante ressaltar que a pertinência de abordar a essência e as funções dos princípios no presente momento, é enfatizar a origem constitucional do Princípio da Proteção e,

consequentemente, o princípio da norma mais favorável no âmbito do Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de Direito do Trabalho Constitucional, normatividade que se impõe sobre a reforma trabalhista de 2017, que possui apenas natureza legal, ou seja, infraconstitucional, merecendo a conformação pelas balizas oferecidas exatamente por esses princípios que possuem, sem dúvida, função interpretativa.

Mas, independentemente da função interpretativa dos princípios, ou da existência de princípios prevalentemente interpretativos, como é o caso do *in dubio pro operário*, outro consectário do princípio de proteção, convém chamar a atenção para o que é um princípio para a doutrina especializada e majoritária. E nesse ponto, não se pode deixar de fazer referência aos ensinamentos de Robert Alexy, para quem os princípios são mandamentos de otimização que devem ser implementados na maior medida dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (2017, p. 90-91), vejamos *in verbis*:

[...] Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

[...]Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2017, p. 90-91)

Desse modo, Alexy deixa claro que os princípios são as espécies de norma que exigem (embora de maneira limitável) sua efetivação na maior medida possível (considerando a possibilidade de direitos eventualmente conflitantes num dado caso concreto), o que implica na afirmação que o princípio determina o que é ordinário na interpretação e aplicação das normas de um dado ramo do Direito, restando às normas em sentido contrário, o caráter de excepcionais. São exceções os textos normativos que vão de encontro aos princípios de um dado ramo jurídico, e como tal devem ser interpretados.

É a constituição, em sua supremacia, que deixa claro ao operador do Direito, portanto, que o princípio da norma mais favorável é a regra no Direito do Trabalho, devendo ser excepcionais as hipóteses de prevalência de normas em razão de outros motivos, como é o caso do que determina o Art. 620 da CLT (ao determinar, após a reforma trabalhista, que as cláusulas dos acordos coletivos sempre prevalecerão sobre as das convenções coletiva), merecendo interpretação restritiva de plano ao ser inserido no sistema jurídico brasileiro de cuja constituição é norma suprema.

4.3.2 A hermenêutica no âmbito justrabalhista

Ao abordar a hermenêutica no ramo justrabalhista, convém iniciar pela referência à função interpretativa dos princípios, já demonstrada no tópico antecedente por razões didáticas e como garantia da coesão entre os capítulos e tópicos do presente trabalho, sendo que nesse sentido, relevante ainda referenciar que os princípios também exercem grande influência na aferição das peculiaridades de um ramo do Direito, pois como afirma Pinho Pedreira da Silva a partir das lições de Montoya Melgar, esses princípios “inspiram todo o ordenamento laboral, de tal maneira que seu conhecimento é imprescindível tanto para apreender a singularidade do Direito do Trabalho como para aplicar retamente suas normas” (MELGAR Apud SILVA, 1996, p. 13-14).

Mas a hermenêutica trabalhista, embora seja fortemente influenciada pelo método de interpretação teleológico, dada a finalidade protetiva do Direito do Trabalho, não dispensa a utilização dos diversos métodos interpretativos disponíveis no âmbito da hermenêutica jurídica geral do direito.

A hermenêutica jurídica moderna, pautada pelo estágio do direito em que nos encontramos, leva em consideração a superação do modelo de Estado Liberal e o advento do Estado de Bem-estar Social. Com a mudança das concepções/modelos de Estado a hermenêutica jurídica ganha novos objetivos que refletem de plano na racionalidade jurídica e no modo de incidência do direito sobre o caso concreto.

A hermenêutica jurídica do Estado Liberal, vale dizer, de uma concepção de Estado de Direito exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme os princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade. [...]

Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais”. (FERRAZ JR. Apud CAMPILONGO, 2002, p. 45-46).

Diante desse panorama de ampliação das possibilidades interpretativas de modo a legitimar aspirações sociais, se faz relevante elencar as ferramentas que estão à disposição do jurista para a interpretação dos textos normativos. Essas ferramentas, chamadas métodos de interpretação, se posicionam como barreiras às pretensões de diminuição do patamar civilizatório juslaboral colocadas em prática pela reforma.

De plano, já se afirma que vários são os métodos de interpretação, e que eles não se excluem, pelo contrário, são cumuláveis. É exatamente sua utilização conjunta que permite uma maior correção na interpretação a partir de parâmetros objetivos, de modo que a utilização

simultânea dos vários métodos de interpretação cabíveis é que vai garantir maior coerência ao ordenamento jurídico.

Para explicar em que consiste cada um dos métodos de interpretação não serão utilizadas doutrinas extremamente aprofundadas sobre temas esotéricos da hermenêutica que implicariam a fuga do tema da presente pesquisa. A bibliografia escolhida é especializada e amplamente adotada, sendo que não há no âmbito da conceituação desses métodos divergências que ensejem a utilização de outros autores para a realização de confronto ou diálogo. Desse modo, mister apresentar os métodos de interpretação com base na doutrina de Ricardo Maurício Freire Soares, que apresenta os métodos de interpretação literal, histórico, sistemático, sociológico e teleológico.

O primeiro método de interpretação, baseia-se na análise gramatical e etimológica do texto normativo. São analisadas as palavras escolhidas pelo legislador e a correlação entre elas, de modo que o conhecimento do idioma em que o texto está escrito se torna de grande relevância para a aferição do conteúdo e alcance da norma. Assim, segundo Soares, “a interpretação literal ou gramatical do direito consiste na reprodução do sentido textual dos comandos normativos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica” (SOARES, 2017, p. 200).

Esse é o ponto de partida para a realização da atividade interpretativa realizada pelo aplicador ou interprete do direito. Valendo ressaltar que, apesar da dificuldade existente na interpretação de textos jurídicos em razão da utilização de termos técnicos e inerente dificuldade da linguagem jurídica, prevalece na doutrina o entendimento de que todo cidadão tem legitimidade para interpretar os textos jurídicos (HABERLE, 1997. p. 15). Nesse sentido:

[...]Atualmente, sob os influxos do pós-positivismo jurídico, a interpretação literal ou gramatical deve ser vista como um mero ponto de partida da tarefa hermenêutica. O texto deve ser confrontado sistematicamente com o contexto jurídico e fim normativo e, até mesmo, com a própria realidade circundante. (SOARES, 2017, p. 200).

Nessa passagem o autor ressalta a recomendação de combinação de vários métodos interpretativos, mas na citada passagem não há referência a todos eles, pois na sequência em que os elencamos linhas acima, percebe-se a presença do chamado método histórico de interpretação dos textos normativos. Método que levará em consideração o histórico das legislações anteriores àquela que está sendo interpretada, e por vezes implicará na necessidade verificação dos debates legislativos que precederam a edição da norma (embora a aferição da vontade do legislador seja algo altamente controverso na doutrina). Vejamos o conceito de interpretação histórica.

A interpretação histórica do Direito consiste na busca de antecedentes remotos ou imediatos que servem como elementos para a inteligência e aplicação dos dispositivos normativos atualmente vigentes. O passado ilumina o presente, que, por sua vez, descortina o futuro. (SOARES, 2017, p. 203).

Avançando na conceituação dos métodos interpretativos, após tratar da interpretação histórica, rememorando a necessidade de manter a unidade do ordenamento jurídico, como um todo isento de contradições, valendo essa mesma lógica para o sistema constitucional, passa-se a conceituar a interpretação sistemática.

[...]A interpretação sistemática implica a busca da correlação de um preceito normativo com outros dispositivos normativos que compõem o sistema jurídico, pois somente a compreensão do todo ilumina o entendimento das partes.

[...] O presente caso exige uma interpretação sistemática da constituição, que considere a sua integridade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, afim de que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. (SOARES, 2017, p. 205-206).

Enquanto todos os métodos de interpretação conceituados até agora se valem de aspectos mais distantes da realidade da vida, há também o método de interpretação sociológico, que atenta para a realidade dos fatos e para a consideração das normas e dos sujeitos de direito como incluídos(as) num contexto concreto e real, não como uma abstração desvinculada da realidade. Assim, “a interpretação sociológica do direito impõe a necessária adequação da normatividade jurídica à realidade social, afim de que o texto normativo possa materializar-se no contexto mais amplo do mundo real” (SOARES, 2017, p. 205-206).

Por fim, o método interpretativo teleológico é o mais relevante para o direito do trabalho, muito comum na aplicação das normas trabalhistas, e que carrega consigo a capacidade de atualizar o conteúdo das normas jurídicas, pois visa a resguardar os fins a que a norma originalmente se destinou, evitando que ela se subverta com o passar do tempo ou deixe de atingir a finalidade a que se destina. No dizer de Soares “a interpretação teleológica do direito objetiva realizar a finalidade da norma jurídica, muitas vezes superando a mera literalidade do texto normativo” (2017, 210).

A interpretação teleológica está intimamente relacionada com a principiologia no âmbito do Direito. Como já ressaltado anteriormente, os princípios possuem função interpretativa, e essa função não deve ser vista como algo separado dos métodos de interpretação, pois é a visão do todo, mediante a aplicação conjunta dos métodos interpretativos, observando a função interpretativa dos princípios, a máxima efetividade da constituição e a unidade do ordenamento jurídico que formam uma intrincada rede bloqueadora dos efeitos nocivos advindos da reforma.

A reforma ao ser inserida no ordenamento jurídico, passará por toda essa filtragem, um verdadeiro reprocessamento de suas disposições no interior do sistema, de modo que a obra jurídica que é a norma, atuará nos moldes do ordenamento e não necessariamente no sentido da intenção dos grupos políticos que influenciaram em sua elaboração. Há de se perceber que mesmo a consequência normativa que se produza no sentido das intenções dos grupos políticos

que influenciaram sua edição, somente se dará nos limites e nos termos do sistema jurídico, passando por esse verdadeiro reprocessamento antes de ser aplicada²⁰.

[...] os princípios se afiguram como normas genéricas semanticamente abertas e que corporificam os mais relevantes valores e fins a serem realizados pela ordem jurídica, potencializando o desenvolvimento de interpretações mais justas.

Além das funções fundamentadora e supletiva, os princípios despontam como importantes vetores hermenêuticos, que embasam a interpretação teleológica do ordenamento jurídico, possibilitando a aproximação do direito perante o substrato axiológico da moralidade social. (SOARES, 2017, p. 216).

Uma interpretação correta das normas acrescentadas ao Direito do trabalho pela Reforma trabalhista de 2017 deve levar em conta, portanto, os princípios que conformam esse ramo do direito, principalmente no plano constitucional, que é parâmetro para a aferição da validade das normas infraconstitucionais, mas igualmente é parâmetro para a aferição de seu adequado conteúdo e alcance de modo a manter a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Um exemplo é a interpretação do artigo 442-B da CLT, que diz: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)” que definitivamente não faz prevalecer a formalidade sobre a realidade da contratação.

Tal artigo, ao fim e ao cabo, apenas aponta um truísmo, pois afirma que a autonomia afasta a qualidade de empregado previsto no Art. 3º da CLT e afirma que a exclusividade não é requisito para a aferição da relação de emprego nem para a constatação da autonomia do prestador do serviço. Para perceber isso, basta ter em mente que os requisitos da relação de emprego são a pessoalidade, a não eventualidade/continuidade, a onerosidade e a subordinação jurídica. Não a exclusividade.

De outro lado, o que define a autonomia de um prestador de serviços é justamente, como o próprio adjetivo aponta, ele trabalhar segundo suas próprias normas, pois a etimologia da palavra aponta que, a partir de sua origem grega, *autós* significa “por si próprio” e *nomós* significa “regra” ou “lei” sendo ele “o responsável pela determinação do tempo e do modo de execução daquilo que lhe foi contratado” (MARTINEZ, 2018, p. 113).

²⁰ Há que se rememorar que em linhas anteriores abordou-se decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) declarando a permissão de terceirização na atividade fim como sendo constitucional e capaz de promover a igualdade. Não se está buscando negar a existência de casos nos quais a interpretação não é feita adequadamente, ou mesmo que na prática existam decisões judiciais maculadas pela esfera política, pois tais fenômenos de fato existem. Mas no âmbito da pesquisa científica, não obstante a eminência do STF, uma interpretação jurídica não se tornará tecnicamente correta, nem passará a ser considerada como baseada em preceitos jurídicos pelo simples fato de ser parte de decisão prolatada pelo STF. Cabe ao pesquisador a análise crítica e a fidelidade aos preceitos científicos em suas propostas e conclusões.

Desse modo, é exatamente a ausência de subordinação jurídica, pedra de toque do reconhecimento da relação empregatícia, que deixa clara a ausência da qualidade de empregado, não havendo que se cogitar a prevalência de uma declaração de autonomia escrita e assinada numa folha de papel valer mais do que a realidade dos fatos, pois como bem expôs De la Cueva, o contrato de trabalho é um Contrato-realidade (PINTO, 2003, p. 166), prevalecendo então, uma interpretação pautada pelo princípio trabalhista da primazia da realidade sobre a forma e pelo princípio geral do direito chamado princípio da verdade real.

Desse modo, por mais que a exclusividade possa indicar a existência da dependência econômica (antigo requisito da relação de emprego, hoje já superado pela subordinação jurídica segundo a doutrina trabalhista majoritária), ou evidenciar que o pretense autônomo se insere na organização empresarial do tomador dos seus serviços, o Artigo 442-B, mediante interpretação pautada pelo paradigma doutrinário dominante ao tempo de sua promulgação, implicará a necessidade de aferição da presença da subordinação jurídica como critério definidor da caracterização da existência jurídica de uma relação de emprego ou de trabalho autônomo diante de sua ausência.

Estarão assim, a priori, afastadas as aferições de outras espécies de subordinação, como a econômica, a estrutural, a objetiva, a reticular ou outras que igualmente não poderão ter o conceito abordado na presente obra em razão do seu objeto²¹, e apenas com a mudança do entendimento majoritário é que será possível reelaborar a construção teórica proposta sem que a segurança jurídica seja atingida pelo casuísmo oriundo de decisões pautadas nos mais diversos e variáveis pressupostos básicos do Direito do Trabalho.

4.3.3 O controle de convencionalidade

Apesar das diferentes vertentes doutrinárias que serão apresentadas nesse tópico, ressalta-se que em qualquer das vertentes adotadas, os tratados internacionais que tratam da proteção aos trabalhadores, por serem enquadrados na espécie de direito fundamental (ou direitos humanos, vez que consagrados no âmbito normativo internacional) chamada de “direitos sociais” serão parâmetro para a realização do controle de convencionalidade das leis (ou de supralegalidade, caso adotada a teoria prevalecente no STF e a conceituação de Mazzuoli), que nada mais é do

²¹ Cf. BUDEL, Diego. As Espécies de Subordinação Propostas pela Doutrina Justrabalhista Brasileira. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2367/1737>>

que a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2011, p. 95).

O tema do controle de convencionalidade, embora tivesse espaço para desenvolvimento a partir do texto constitucional de 1988, não logrou desenvolvimentos doutrinários no Brasil até 2008, pois segundo Valerio Mazzuoli (2011, p. 23), os constitucionalistas e internacionalistas que até então haviam abordado o tema, apenas o fizeram de maneira colateral em seus estudos sobre direitos humanos. “É necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro e interamericano, que a ideia de ‘controle de convencionalidade’ tem origem francesa e data do início da década de 1970” (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

O termo controle de convencionalidade pode indicar mais de uma atividade a depender do ponto de vista da abordagem, mas sempre relacionando a coerência da legislação interna de um país com os tratados internacionais por ele ratificados. Essa atividade seja no âmbito do controle realizado pelo poder legislativo na elaboração das leis, pelo judiciário em sua aplicação ou por organismos internacionais, portanto, no âmbito internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 76-77), está ligada à atividade interpretativa que vem sendo abordada nas linhas mais recentes.

É preciso atentar para a possibilidade de lançar mão da atividade interpretativa inerente ao controle de convencionalidade ao fazer uma análise das barreiras aos efeitos nocivos que podem ser acarretados pela Reforma Trabalhista de 2017. Especialmente porquê essa ferramenta, como dito, é pouco desenvolvida no Brasil, embora já a algum tempo tenha se desenvolvido de maneira mais satisfatória em outros países.

Na mesma linha, se refere Antônio Maués (2013, p. 217) à expectativa que havia de que com base no Art. 5º, §2º da CF o STF viesse a entender que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuiriam status constitucional, como defende Mazzuoli (2011, p. 28) que aponta ser esse o entendimento sempre defendido por ele, pois ao seu ver, o Art. 5º, §2º da CF/88 ao determinar que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, inclui os direitos assegurados por instrumentos internacionais no âmbito daqueles direitos protegidos pela constituição, abarcando-os no seu bloco de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 29).

Embora esse não tenha sido o posicionamento prevalecente no STF desde 03 de dezembro de 2008, que na expressão de Luiz Flávio Gomes, ao prefaciar a obra de Mazzuoli (2011, p.18) está um tom abaixo do posicionamento de Mazzuoli, cabe ressaltar que o posicionamento dele é intermediário, pois, segundo ele, “ainda em sede doutrinária, também não

faltam vozes que dando um passo além do nosso, defenderam cientificamente o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos” (MAZZUOLI, 2011, p. 31).

Sem adentrar nas minúcias da teoria de Mazzuoli, opta-se por privilegiar a abordagem do entendimento atualmente prevalecente no STF como parâmetro a ser utilizado para a interpretação e controle da convencionalidade das normas oriundas da reforma trabalhista de 2017 em razão da expectativa legítima de manutenção do entendimento adotado por um período de tempo razoável de modo a conferir coerência às decisões do tribunal, vez que não se espera que a corte suprema realize uma alternância de critérios conducente à casuística.

Parte significativa da doutrina constitucionalista brasileira interpreta o Art. 5º, §2º da CF como uma cláusula de abertura material, que permite à Constituição atrair para o seu corpo material (apesar de não incorporar formalmente a seu texto) as normas de direitos fundamentais oriundas de tratados internacionais ou implícitas/decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (SARLET, 2012), sendo que tal entendimento é adotado por Dirley da Cunha Jr (2016, p. 567) para se filiar à corrente que atribui aos direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais natureza de norma constitucional.

Cunha Jr. ainda acrescenta que tais direitos somente poderiam ser afastados do ordenamento mediante manifestação soberana do poder constituinte originário (2016, p. 571), o que para Mazzuoli só acontece quando esse tratado de direitos humanos é aprovado pelo procedimento e *quorum* qualificado de aprovação das emendas constitucionais, nos termos do Art. 5º, §3º da CF e fica protegido pelo Art. 60, §4º na condição de cláusula pétrea por ter se tornado material e formalmente constitucional (MAZZUOLI, 2011).

Mas o STF, historicamente adota posição severamente mais tímida. De modo que durante muito tempo, desde 1977 (RE nº 80.004), o STF entendeu que as normas oriundas de tratados internacionais possuíam status de lei federal, revogando as normas anteriores e podendo ser revogadas por lei posterior nos moldes do critério cronológico segundo o qual “lei posterior derroga lei anterior” (CUNHA JR, 2016, p. 569).

Mais recentemente, ao debater o tema novamente em plenário, o STF firmou entendimento que veio a substituir aquele adotado em 1977, posição prevalecente por maioria de votos (5 x 4) e que até os dias atuais, em 2018, vem sendo a posição formal do STF sobre o tema. Tal entendimento, consagrado nos RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, proclamou desde 03/12/2008 que os tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário possuem status de norma supralegal (CUNHA JR., 2016, p. 572), admitindo-se que sejam alçadas ao nível constitucional quando ratificadas pelo Congresso Nacional nos termos do

Art. 5º, §3º da CF (CUNHA JR., 2016, p. 574). Cunha Jr destaca que até o momento, somente a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo gozam dessa aprovação nos termos do Art. 5º, §3º da CF (2016, p. 574).

Esse entendimento, capitaneado pelo à época presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, foi adjetivado por este como o reconhecimento da adoção de um posicionamento de maturidade do constituinte, pois considerava um risco para a segurança jurídica a equiparação desses textos ao texto constitucional.

Nessa mesma decisão, fixou-se que a consequência do status de supralegalidade dos textos de direitos humanos oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário é um efeito paralisante sobre a legislação infraconstitucional. O que no entendimento do STF deixou sem regulamentação o Art. 5º, LXVII da CF, fazendo com que embora constante no texto constitucional, a previsão da possibilidade de prisão do depositário infiel não pudesse ser levada a efeito pelo poder judiciário em razão de toda sua regulamentação infraconstitucional restar paralisada pelo Pacto de San José da Costa Rica (1978).

Nesse momento é relevante chamar a atenção do leitor para o fato de que a reforma trabalhista foi aprovada no plano infraconstitucional, de modo que além de precisar ser conformada ao texto, aos valores e aos princípios constitucionais, precisa ser analisada à luz da normatividade internacional da qual o Brasil é signatário, pois se estiver em confronto com essa normatividade, certamente será paralisada naquilo que for incompatível – ou será uma norma que, embora esteja vigente, é inválida, segundo as lições de Mazzuoli (2011, p. 167-168) –.

Destarte, Antônio Maués chama a atenção para o fato de o STF, conquanto paute-se por um posicionamento intermediário quanto à natureza jurídica das normas de direitos humanos oriundas dos tratados internacionais, vem utilizando tais normas como parâmetro interpretativo para a aferição do conteúdo e extensão de normas infraconstitucionais e, mais ainda, de normas constitucionais. O que deixa clara a coesão entre os temas da aplicação da Reforma Trabalhista com seus efeitos sobre o Direito do Trabalho, as técnicas de hermenêutica e a importância da interpretação adequada das normas jurídicas nos termos aqui expostos acerca do controle de convencionalidade.

Maués se refere ao RE 511.961 e outras decisões do STF para afirmar com respaldo exemplificativo que “esse conjunto de decisões demonstra que a jurisprudência do STF começa a utilizar de maneira mais constante os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição” (MAUÉS, 2013, p. 222). Ressaltando que a tese do STF se aproxima da tese da Constitucionalidade dessas normas, assim como ocorre

em outros países, como a Espanha, onde embora a Constituição subordine a ela as normas de direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pela Espanha, “o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) desenvolveu uma jurisprudência que obriga todos os poderes públicos a interpretarem os direitos constitucionais de acordo com os tratados de direitos humanos” (MAUÉS, 2013, p. 223). E na sequência, aponta posicionamento jurisprudencial no mesmo sentido do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que inclusive é muito estimado por juristas brasileiros, a exemplo do próprio Ministro Gilmar Mendes, que capitaneou a tese prevalecente em nosso STF.

Portanto, Maués aponta uma baliza internacional para a adequação prática do entendimento adotado pelo STF para suprir ou aperfeiçoar o que pode ser entendido como uma insuficiência dessa teoria contemporizadora adotada. E ele é peremptório ao dizer que “a Alemanha também exemplifica o uso de tratados internacionais na interpretação da Constituição” (2013, p. 223). Passagem que merece ser apresentada *in verbis* para que não reste dúvida.

O Tribunal Constitucional Federal (TCF) adotou, a partir de 1987, o entendimento de que, embora os tratados não possuam nível constitucional, a interpretação da Constituição deve levar em consideração seu conteúdo e desenvolvimento, uma vez que existe uma obrigação de interpretar as normas infraconstitucionais em harmonia com os compromissos assumidos pela Alemanha perante o direito internacional.

[...]

O descumprimento desse dever enseja o ajuizamento de uma queixa constitucional ao próprio TCF por violação de direitos fundamentais. (MAUÉS, 2013, p. 224).

Embora no plano internacional tenha se firmado um modo de contornar as insuficiências do posicionamento adotado pelo STF, e aprioristicamente pareça que o STF tem formado sua jurisprudência nesse mesmo sentido, deve-se na presente pesquisa manter o posicionamento crítico, pautado pela zetética e, portanto, pela postura questionadora que favorece ao desenvolvimento científico que é especialmente pautado pela falseabilidade de suas proposições nos termos da filosofia epistemológica de Karl Popper.

Nesse sentido, verifica-se a crítica de Cançado Trindade a toda essa sistemática que nega o status constitucional às normas de direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Estado nos moldes da jurisprudência do STF que se pauta tanto no texto normativo do Art. 5º, §2º como no do §3º desse mesmo artigo, acrescentado pela EC 45/04.

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna- ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente

irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. (TRINDADE Apud MAZZUOLI, 2011, p. 37)

Não obstante ser criticável o posicionamento adotado pelo STF, ele não se constitui em obstáculo intransponível à utilização dos tratados internacionais como filtros ou barreiras que visam a amenizar os efeitos nocivos de normas pouco adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro e que merecem ser conformadas, seja pela via jurisdicional ou pela via interpretativa (considerando aí um maior rol de legitimados a interpretar a norma jurídica nos termos das lições de Peter Habermas já abordadas).

[...] mesmo em países que não reconhecem nível constitucional a esses tratados, busca-se interpretar as disposições constitucionais em harmonia com eles. Isso significa que o debate sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil deve ser complementado com a reflexão sobre sua função hermenêutica em nosso ordenamento. (MAUÉS, 2013, p. 226)

Quanto à interpretação dos tratados, Maués destaca não apenas sua relevância, mas as condições em que ela se dá, pois o Tribunal Europeu e a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretam seus tratados como organismos vivos, dotados de dinamicidade que está correlacionada às condições atuais, que aqui pode ser lida como as condições fáticas de um determinado momento histórico, e essa evolução se torna a base para uma compatibilização entre o direito interno e o direito internacional, o que tende a superar toda essa visão hierárquica que abordou-se aqui com base na doutrina e jurisprudência (MAUÉS, 2013, p. 227).

Quanto ao status normativo dos tratados internacionais, em resumo, o STF entende, por maioria, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem status normativo supralegal, porém se aprovados pelo quórum do Art. 5º, §3º adquirem status de norma constitucional, e os tratados que não são de direitos humanos possuirão status de norma infraconstitucional (como as leis ordinárias ou complementares), embora o Art. 98 do CTN aponte em sentido contrário da opinião do STF.

A doutrina, por sua vez, defende o posicionamento de que todos os tratados de direitos humanos possuem status de norma constitucional (a priori permitindo apenas ser fundamento para o controle difuso de convencionalidade), sendo que se aprovado pelo quórum qualificado servirá de parâmetro não apenas para o exercício do controle difuso, mas também para o controle concentrado (abstrato, ou em tese) das normas nacionais (inclusive emendas constitucionais) e se tornará cláusula pétrea (MAZZUOLI, 2011, p. 74 e 167).

Os demais tratados internacionais, que não sejam de direitos humanos, possuiriam status de norma supralegal (abaixo da constituição, mas acima das normas infraconstitucionais) como aponta o Art. 98 do CTN, de modo a resolver suas antinomias com a legislação infraconstitucional interna pelo critério da hierarquia entre as normas, e não pelo cronológico ou da especialidade (MAZZUOLI, 2011, p. 74 e 167).

Compreendidas minimamente as diferentes vertentes doutrinárias sobre a hierarquia das normas internacionais constantes dos tratados ratificados pelo Brasil, diante da própria discussão doutrinária começa a surgir como consequência lógica a necessidade de compatibilização dessas normas de fontes diversas, para manter a coerência e unidade do ordenamento jurídico, observando inclusive a máxima efetividade da constituição dentre os valores a ensejar um controle de convencionalidade, vez que tratados internacionais de direitos humanos aprovados ou não pelo quórum qualificado do Art. 5º, §3º da CF são superiores à legislação infraconstitucional, seja pela doutrina ou pelo entendimento do STF.

Quanto à natureza da operação aqui proposta a título de controle de convencionalidade, toma-se por base a doutrina de Mazzuoli, que trata do controle jurisdicional dessa convencionalidade (2011, p. 76-77) como atividade inerente à aludida conformação da legislação interna aos tratados de direitos humanos em geral, aprovados (com fundamento no art. 5º, § 3º da CF) ou não aprovados pelo quórum qualificado (aqui com fundamento no art. 5º, § 2º da CF), restando aos demais tratados, de temas que não constituem direitos humanos, exercer o controle de supralegalidade (2011, p. 74-75).

Como se nota, seja adotando a tese doutrinária de Mazzuoli, ou o posicionamento hoje majoritário no STF, o fato é que a legislação nacional precisa ser compatibilizada com a normatividade internacional de direitos humanos ratificada pelo Brasil em razão de sua natureza constitucional (Mazzuoli) ou devido a sua natureza no mínimo supralegal (STF). Isso leva, naturalmente, ao procedimento de controle jurisdicional da convencionalidade e da supralegalidade, o que remete à atividade interpretativa nos moldes da doutrina de Eros Grau (2006), para quem a atividade judicial de aplicação do direito está necessariamente vinculada à atividade interpretativa.

A interpretação da norma jurídica, por sua vez, como visto, não é privilégio exclusivo do poder judiciário e nesse ponto o fundamento na doutrina de Peter Häberle é suficientemente convincente. Desse modo, ultrapassando o ponto específico da verificação da validade da lei em face da constituição e da normatividade internacional, trata-se da manutenção da coerência do ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que o Estado honra com os compromissos por ele

assumidos livremente na esfera internacional. Isso ocorrerá nos moldes do entendimento que vem sendo adotado pela Corte Interamericana a respeito do cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados e a impossibilidade de escusas pautadas na constituição, que é apenas uma espécie dentre as modalidades de atos do Estado.

Num sistema de normas que ‘comparten una misma jerarquia jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan ou dejen sin efecto a otras, porque todas se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance em armonia recíproca y em compatibilidad dentro del conjunto. (CAMPOS Apud MAZZUOLI, 2011, p. 130).

Busca-se aqui num primeiro momento apontar a interpretação da constituição conforme os tratados internacionais, e num segundo momento, diante de normas internacionais com status constitucional, chamar a atenção para a máxima efetividade da constituição e a interpretação conforme a constituição das leis (aqui incluída a Reforma Trabalhista de 2017). Cumpre ainda voltar atenção para o fato de que alguns tratados de direitos humanos serão equivalentes a emendas constitucionais, ensejando algo equivalente ao controle de convencionalidade já no âmbito interpretativo. Diante do exposto já se pôde perceber que, na pior das hipóteses, haverá um controle de supralegalidade conformador das normas internas aproveitáveis e gerador de efeitos paralisantes nas normas internas incompatíveis.

Tudo isso compõe a complexidade do exercício interpretativo das normas infraconstitucionais com base nos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que elas tenham segundo o posicionamento do STF, status de norma supralegal. Ademais, não obstante a observância de todos os princípios que fundamentam esse procedimento interpretativo, não se está a criar um método novo de interpretação, pois uma interpretação tal pode ser tranquilamente classificada como uma interpretação sistemática. O que se fez foi apenas lançar luz sobre diversos parâmetros disponíveis para a utilização dos métodos tradicionais de interpretação.

Evidentemente não fica o interprete livre para estabelecer a interpretação que bem entender. Há critérios objetivos, especialmente nas regras de hermenêutica jurídica, além disso, não se pode deixar de frisar que tal interpretação ainda deve levar em conta, por exemplo, no âmbito do Pacto de San José da Costa Rica (1978) a interpretação feita pela Corte Interamericana, interprete ultimo e mais autorizado desse tratado internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 84).

Desse modo, deve-se minimizar a decretação da invalidade de normas internas mediante a realização de um diálogo que mantém a unidade do ordenamento jurídico, e isso exigirá do interprete que ele realize uma conformação da norma legal interna de modo a estabelecer seu sentido, alcance e conteúdo mantendo a coerência e o rigor estético do ordenamento jurídico (na

esteira da doutrina de Dworkin) em razão (no mínimo) da suprallegalidade das normas de direitos humanos com base no entendimento do STF (pois baseado no entendimento de Mazzuoli, todo tratado de direitos humanos enseja controle de convencionalidade e apenas os tratados de outros temas ensejam o controle de suprallegalidade, divergindo do entendimento do Pretório Excelso brasileiro).

Assim, seja pautando-se pela teoria doutrinária de que as normas de direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil possuem status constitucional, seja adotando a teoria firmada por maioria no âmbito do STF e adotada por outros países como a Espanha e a Alemanha, estará a Reforma trabalhista de 2017 submetida às diretrizes traçadas pela normatividade internacional de que o Brasil é signatário²².

Especialmente aquelas normas constantes das Convenções da OIT, que embora não possam ser abordadas em seu conteúdo dadas as limitações do presente trabalho, a vastidão do número e conteúdo dessas convenções merece ser referida, porém sem acarretar a fuga do tema objeto do presente trabalho. Desse modo, serão elencadas algumas convenções em seu número e tema, para que o interprete tenha noção da imensa barreira que está posta em face dos efeitos negativos da Reforma Trabalhista, e que perfaz a maneira correta de conformar a aplicação das normas reformistas com base na melhor técnica jurídica.

Nessa toada, verifica-se, conforme CLT dinâmica publicada na internet pelo TRT da 2ª Região (São Paulo) – anexada ao final da presente pesquisa –, a relação extensa das convenções da OIT que foram ratificadas pelo Brasil²³, de modo que ressalta-se, por sua centralidade (com base na listagem feita por Rúbia de Alvarenga) aqui as seguintes convenções: a) A Convenção Fundamental n.º 7 da OIT versa sobre a plena Liberdade Sindical e a Proteção ao Direito de Sindicalização; b) A convenção fundamental da OIT n.º 87 da OIT que prevê o pluralismo sindical ; c) a convenção n.º 98 da OIT que estipula proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical e a promoção da negociação coletiva, tratando, portanto, do direito de organização e de negociação coletiva; d) as convenções fundamentais n.º 29 e n.º 105 sobre a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; e) A Convenção 158 da OIT tem como objeto a proteção ao trabalho contra despedida imotivada; f) a convenção fundamental n.º 138 da OIT e a convenção fundamental n.º 182 da OIT que tratam da abolição efetiva do trabalho infantil, a primeira inclusive prevê compromisso para que se fixe uma idade

²² E ainda que o STF não observe essa técnica jurídica, o inclusive está acontecendo, vez que mais de um ano após a Reforma Trabalhista, apesar das ações ajuizadas, não houve por parte do STF decisão nesse sentido, competirá à doutrina (pesquisa científica, academia) e à comunidade jurídica e demais interpretes do Direito observar a melhor técnica jurídica. Tal postura certamente será um incentivo para que o STF adote postura similar.

²³ Relação esta que foi anexada ao final da presente pesquisa.

mínima de emprego correspondente ao fim da escolaridade obrigatória que deverá ser, em regra, de 15 anos, pelo menos; g) A convenção fundamental n.º 100 da OIT cujo tema é a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, mesmo tema da Convenção 111 da OIT.

Essas e outras convenções internacionais ratificadas pelo Brasil se colocam como parâmetro de controle vertical de convencionalidade das normas da reforma trabalhista na esteira do entendimento jurisprudencial do TCF alemão e do TCE (Espanha), adotado ao menos implicitamente pelo STF brasileiro. Elas servem de parâmetro interpretativo das normas trabalhistas, sejam elas infraconstitucionais (como é o caso da Reforma Trabalhista de 2017) ou constitucionais.

5 A DESCONSTRUÇÃO DAS PECULIARIDADES DO DIREITO DO TRABALHO

A presente pesquisa buscou descobrir se as alterações decorrentes da reforma trabalhista foram capazes de alterar as peculiaridades do Direito do Trabalho. Entretanto, no caminho percorrido, as barreiras aos efeitos da reforma têm demonstrado que dificilmente ela será capaz de desconstruir o Direito do Trabalho tal como ele se formou e evoluiu ao longo da história.

Ocorre que para aferir se houve desconstrução das peculiaridades, é preciso definir quais são as peculiaridades, sendo que elas estão dispersas na doutrina, sem a sistematização ideal para sua compreensão e abordagem, e merecem também além de serem definidas claramente, serem sistematizadas.

Ressalte-se que não se trata da elaboração de uma doutrina de conteúdo normativo, que se pretende como fonte do Direito, pelo contrário, são aferições que decorrem da análise dessas características normativas. Longe disso, tentar definir as peculiaridades do Direito do Trabalho consiste em se propor a sistematizar os modos de compreender e raciocinar esse ramo do direito considerando suas diferenças quando observado ao lado dos seus pares (outros ramos do direito similares), entretanto, não se confunde com a busca pela natureza jurídica do ramo, que constitui algo mais específico.

Num primeiro momento, a definição do que são essas peculiaridades indubitavelmente precisa se pautar pelos veios iluminadores e pelas características mais singulares do ramo jurídico, o que remete aos seus princípios e seus pressupostos (aqui incluídos os elementos caracterizadores da relação de emprego), que facilitam a compreensão de sua sistemática e de suas bases. Num segundo momento a sistematização certamente será facilitada por uma análise interdisciplinar das peculiaridades encontradas.

Diante de tantas modificações (o que, inclusive, tornou necessário abordar apenas parte delas na presente pesquisa) e de tamanho impacto que em seu conjunto a Reforma Trabalhista pode causar no dia a dia e no tratamento jurídico das relações trabalhistas, não pode o estudioso do trabalho (no Direito, na Economia, na Sociologia ou na História) olvidar as peculiaridades dessa relação no contexto atual.

Sabe-se que antes do surgimento das leis trabalhistas, a regulamentação do labor integrava o ramo do Direito Civil, inspirada na tradição do Direito Romano como bem destaca Supiot (1996) e vários outros doutrinadores consultados, porém, com a insustentabilidade do desequilíbrio nessa relação pactuada em larga escala após a Revolução Industrial, o Direito do

Trabalho adquiriu autonomia mediante a criação de legislação específica que inaugurou ramo científico do Direito dotado de objeto próprio, metodologia própria e princípios específicos. Autonomia essa que foi tema da maioria esmagadora das publicações científicas da década de 1930 (FRENCH, 2001 p. 40). Mas seria a hipossuficiência do empregado a única peculiaridade da relação empregatícia a que o Direito do Trabalho objetiva tutelar?

Certamente que não, pois, como já destacado por diversas vezes em linhas anteriores, a submissão do próprio corpo do trabalhador à obrigação de prestação do serviço (permitindo classificá-lo inclusive como objeto mediato ôntico do contrato de emprego) pulula como uma peculiaridade dessa relação com claros reflexos na teleologia e na evolução do pensamento do Direito do Trabalho.

É justamente numa análise holística da evolução do pensamento do Direito do Trabalho, parametrizada pela modificação dos valores socialmente relevantes, especialmente no decorrer das décadas recentes (mais especificamente a partir de meados do século XX) com o surgimento e difusão dos neoconstitucionalismo, a superação do Estado Liberal pelo Estado de Bem-estar Social, a aquisição de centralidade jurídica da Dignidade da Pessoa Humana e o redimensionamento dos direitos fundamentais pautados pela terceira dimensão (Direitos Fundamentais Sociais) no sentido do robustecimento do valor solidariedade (não só implicando em funções sociais da propriedade e dos contratos, mas também na concepção do outro como um ser ético e moral merecedor de respeito e empatia, portanto, dotado de dignidade) que surgem abstrações diferenciadoras desse ramo jurídico que são melhor percebidos a partir de um olhar interdisciplinar.

Na tentativa de aferir o número máximo de peculiaridades e classificá-las, porém com a cautela e a advertência de prevenir alguma atividade doutrinária exagerada que seja vista como alguma tentativa desse trabalho de hipostasiar essas peculiaridades tão voláteis e dispersas, se mostra no mínimo interessante buscar inspiração nos elementos da Relação de emprego (que são quase unânimes em qualquer doutrina/curso de Direito do Trabalho, com apenas pequenas variações) a partir das lições de Martinez, que os elenca como sendo a personalidade, a onerosidade, a não assunção de riscos da atividade patronal pelo empregado, a duração não eventual ou contínua e a subordinação (MARTINEZ, 2017, p. 171-176), similar aos elementos caracterizadores apresentados por Nascimento (2005, p. 200), por Pinto (2003, p. 108), por Delgado (2017, p. 313) e outros.

Com inspiração nesses elementos é possível apresentar como ligados à personalidade²⁴ as peculiaridades de: **proteção direta da dignidade da pessoa humana**²⁵ congênita do ser humano (*in casu*, o trabalhador); **de qualificação dessa dignidade do trabalhador**, pois a partir da concepção protestante do trabalho esse passa a ser motivo de dignificação do trabalhador²⁶ e perde o caráter originário de pena também de concepção com origem religiosa nos termos das lições de Edilton Meireles (2014); Consideração da **Cessão do próprio tempo de vida** (e por vezes da saúde, especialmente quando se tem em vista as atividades insalubres) e do **desgaste da vida laboral** em casos de superexploração da mão de obra (como se nota das análises históricas de Marx já abordadas).

Tendo alguma relação com o elemento da onerosidade constatam-se outras peculiaridades, quais sejam: **a função de sustento próprio e familiar e a obtenção de posição social**, que possui duplo caráter, vez que constitui-se de elemento inestimável no âmbito da honra (poder e mérito reconhecido pelos outros com base nas lições de Thomas Hobbes em *O Leviatã*) e de elemento patrimonial-econômico que lhe garante maiores perspectivas sociais e laborativas em razão do posto que ocupa no mundo do trabalho dada sua experiência e desempenho reconhecidos socialmente.

Ainda utilizando a baliza dos elementos caracterizadores da relação de emprego, pode-se vincular ao elemento da não assunção de riscos²⁷ as seguintes peculiaridades: **o Direito de participação no progresso e desenvolvimento**, isso em razão da posição indene de riscos oriundos do mercado em que as empresas competem entre si, pois a opção socialmente conferida ao empregado de não exercer atividade sujeita à disputa interempresarial que possibilita lucros e perdas pautadas em investimentos, estratégias econômicas e influxos de oferta e demanda (estando no máximo sujeito às oscilações no preço do seu trabalho em razão da regra de oferta e demanda de mão de obra, apesar das proteções trabalhistas como a irredutibilidade salarial), e; **Direito ao trabalho**, que embora seja controvertido, e grande parte dos autores que defendem

²⁴ Peculiaridades estas igualmente ligadas à condição de pessoa física para aqueles que consideram ser esse também um elemento caracterizador da relação de emprego, a exemplo de Delgado e Nascimento.

²⁵ Há que se ressaltar a íntima relação do Direito do Trabalho com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois todo ser humano possui essa dignidade, e como todo trabalhador é sempre uma pessoa (um ser humano), necessariamente sua proteção estará sempre presente nos institutos justralhistas.

²⁶ Nesse ponto, convém ressaltar que a presente pesquisa filia-se à corrente doutrinária que compreende a Dignidade da Pessoa Humana como elemento inerente à qualidade de ser humano, não havendo, portanto, ser humano sem dignidade ou que possa ir a juízo exigir que lhe confirmem o atributo de dignidade, não importando quais sejam as condições de degradação em que se encontre. Cf. BUDEL, Diego. *A Transcendência da Dignidade da Pessoa Humana*. In.: Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho; Manoel Jorge e Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/n03e5rj0/Z8HkU5GsQW2cKsd0.pdf>>

²⁷ Levando em consideração as lições de Manoel Alonso Olea já referida anteriormente a partir do escólio de Pinto e Pamplona Filho.

sua existência o consideram inexigível, seja em face do Estado, seja em face de particulares, mas se há um direito fundamental ao trabalho, se localizando em posição dialética ao exercício da livre iniciativa de outrem, que opta por realizar investimentos e estratégias submetidas à “álea” do mercado capitalista possibilitador de lucros e prejuízos.

Ligadas ao elemento da subordinação jurídica (que possui raízes na dependência econômica) pode-se cogitar as peculiaridades: de **Proteção da saúde e da vida**, instrumento de proteção da pessoa do trabalhador em face dos poderes do empregador, seja em sua concretização no poder diretivo ou na já referida subordinação jurídica, bem como; a **de Proteção Social** que busca prevenir o colapso social que seria a consequência de uma legião insustentável de idosos sem renda, doentes e mutilados do trabalho, que já não possuem capacidade laborativa e dependem do sistema de seguridade social.

A parametrização feita com base nos elementos caracterizadores da relação de emprego, justifica a eleição das peculiaridades que podem ser atribuídas ao Direito do Trabalho, mas não consegue elucidar para o observador a exposição didática das peculiaridades desse insigne ramo do direito.

Há outro modo de organizar essas peculiaridades. Ele se perfaz mediante profunda reflexão interdisciplinar acerca de três elementos:

1) A natureza ou essência prática e real do trabalho (numa perspectiva da economia do trabalho). Voltada, portanto, para a práxis da relação empregatícia.

2) As ferramentas de que se vale o direito do trabalho, genericamente consideradas (pois voltadas a uma abordagem do Direito do trabalho pautada nos institutos jurídicos de origem filosófica, como a Dignidade da pessoa humana), de modo que não se aponte os institutos trabalhistas como férias, gratificação natalina, horas extras, etc., e;

3) As peculiaridades finalísticas do trabalho (também a partir da economia do trabalho) que possuem repercussão jurídica, ou seja, que são considerados pela doutrina como fundamento para as proteções realizadas pelo Direito do trabalho.

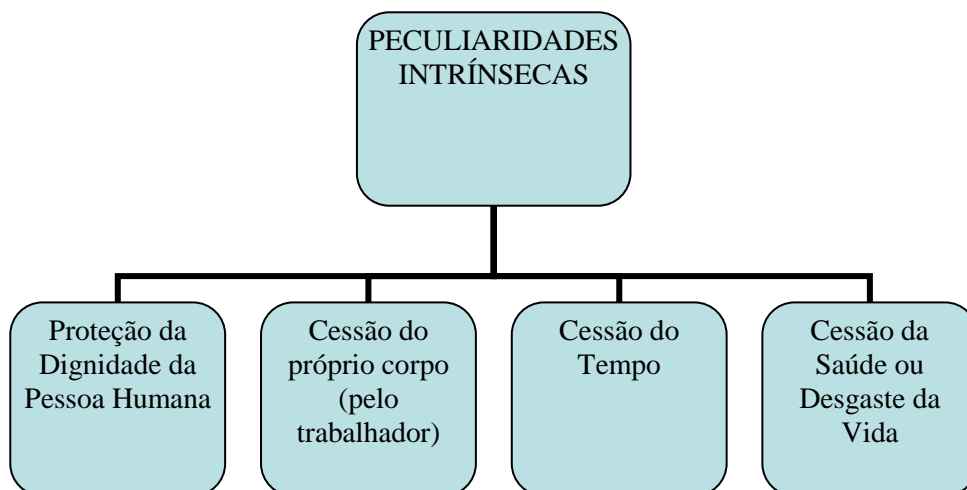
Desse modo, se obtém a classificação das peculiaridades em: Peculiaridades Intrínsecas, peculiaridades instrumentais e, peculiaridades finalísticas. Valendo ressaltar, para que fique claro, que tanto a proposta de concepção das peculiaridades mediante análise do estado da arte, bem como a proposta de classificação dessas peculiaridades em intrínsecas, instrumentais e finalísticas se pretendem inéditas na presente pesquisa, pois não foram encontradas como aqui apresenta-se, tais peculiaridades na vasta bibliografia consultada, havendo mera referência de

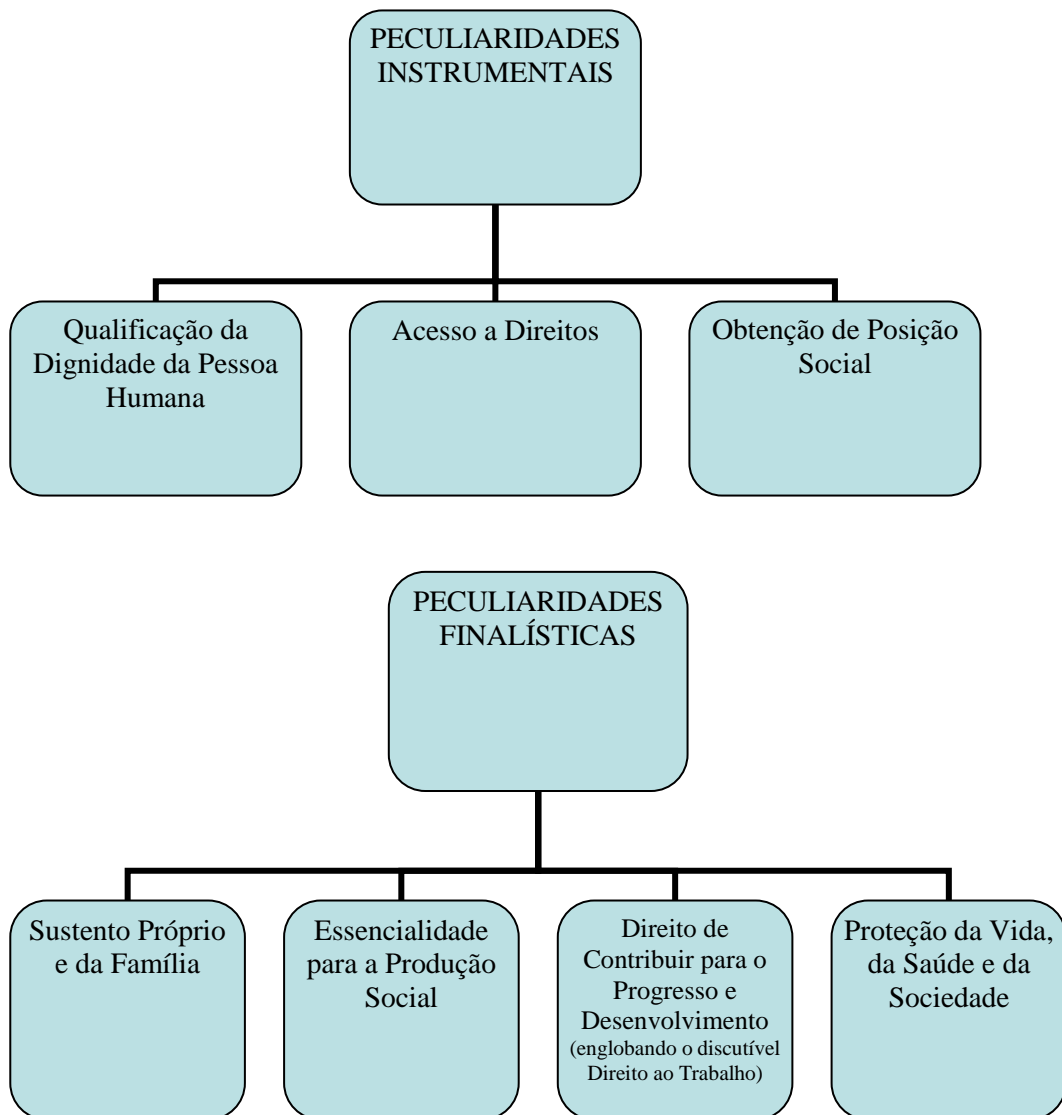
maneira lateral na obra de Orlando Gomes e na de Pinho Pedreira da Silva. Desse modo, trata-se de uma elaboração autoral.

5.1 Proposta de peculiaridades do direito do trabalho

Com base nas lições estudadas, de matriz principiológica no âmbito da pesquisa jurídica, bem como no âmbito da Filosofia do Direito voltada para o Direito do Trabalho, foi possível sistematizar os estudos aprofundados realizados nessa pesquisa que dispôs do magnífico suporte que é a interdisciplinaridade a fim de propor a referida a classificação das peculiaridades em: Peculiaridades Intrínsecas, peculiaridades instrumentais e, peculiaridades finalísticas. Sendo que as Peculiaridades Intrínsecas são inspiradas nas lições de Karl Marx e de Alain Supiot, considerando o corpo do trabalhador como elemento vinculado à prestação do trabalho em si de maneira indissociável, portanto, fazendo parte de sua essência.

Antes de adentrar na justificação e sistematização fundamentada das propostas mediante as correlações de fundamentos encontrados no decorrer da presente pesquisa, para fins de facilitar a compreensão da exposição acerca das peculiaridades, opta-se por apresentar um quadro sinóptico da sistematização elaborada.





A referência sistematizada por imagem servirá para guiar o leitor no estudo e compreensão da relação recíproca entre as peculiaridades. Igualmente prevenirá eventual confusão entre as peculiaridades, servindo para distinguir cada peculiaridade com seu conceito e funcionará como porto seguro, para o retorno a todo momento que a compreensão dessa novidade apresentada exigir.

5.1.1 Peculiaridades intrínsecas

A apresentados os parâmetros utilizados para a aferição e de sistematização das Peculiaridades do Direito do Trabalho, iniciando pelas Intrínsecas. Far-se-á a partir de então a apresentação do conteúdo de cada uma delas e apresentar-se-á sua fundamentação com base nas

lições dos autores utilizados na presente pesquisa. Dada a pertinência da abordagem acerca do caráter humanístico do Direito do Trabalho para falar sobre suas peculiaridades, há que se relembrar que conforme constatou-se na presente pesquisa, o corpo é objeto mediato ôntico²⁸ do contrato de emprego, havendo que se considerar, portanto, como Peculiaridades Intrínsecas do Direito do Trabalho as circunstâncias que cercam inevitavelmente a prestação pessoal dos serviços empregatícios (vez que essas peculiaridades se voltam para a práxis da relação empregatícia).

Tais circunstâncias são: a) **a cessão do próprio corpo**²⁹; b) **a cessão do tempo de vida** (por vezes, com o empregado submetido a condições geradoras de riscos à saúde. v.g. Insalubridade e Periculosidade); c) **o desgaste da vida** (laboral e existencial), especialmente no desempenho de atividades laborativas em condições desgastantes seja numa intensidade moderada ou numa intensidade extrema, pois diante de uma intensidade excessiva com base nas lições de Marx conclui-se que tal desgaste virá a refletir na expectativa de vida do trabalhador; d) **a Dignidade da Pessoa Humana**, que embora não se resuma à simples integridade física, está intrinsecamente vinculada ao corpo que consubstancia ou recebe a pessoa enquanto elemento abstrato.

Relevante observar acerca da proteção da saúde e da vida, tema com que se relacionam as peculiaridades intrínsecas do Direito do Trabalho. Esse tema está sempre presente nas normas mais elevadas do Direito do Trabalho, que estão voltadas para a consideração de que os elementos intrínsecos supra citados são um imperativo inafastável da relação empregatícia e, portanto, merecedores de tutela para a proteção da pessoa que é dotada de dignidade (com base na filosofia kantiana) e merecedora de promoção peculiar, o que leva ao segundo grupo de peculiaridades;

²⁸ Cf. Capítulo 2.2.2 dessa pesquisa.

²⁹ Essa Peculiaridade Intrínseca relaciona-se de modo muito próximo com a personalidade da relação de emprego, vez que pode ser vista inclusive como uma consequência da assunção da obrigação de fazer característica da relação empregatícia, que consiste na prestação dos serviços mediante a utilização de seu próprio corpo como fonte da força de trabalho contratada.

5.1.2 Peculiaridades instrumentais

Por sua vez, as Peculiaridades Instrumentais são relacionadas aos métodos, genericamente considerados, que são aferidos pela análise conjunta dos direitos trabalhistas específicos, voltados para as finalidades do Direitos do trabalho e para as peculiaridades finalísticas. Tal análise se perfaz mediante uma abordagem que remete a características filosóficas que justificam a existência dos direitos trabalhistas.

A primeira das peculiaridades instrumentais é: a) a **Qualificação da Dignidade da Pessoa Humana**, pois a partir da mudança da concepção católica que, na esteira da concepção grega, via a necessidade do homem de trabalhar para sobreviver do suor de seu rosto como um castigo após o degredo do Jardim Édem em razão do consumo do fruto da árvore proibida (ou seja, como algo indigno), para uma concepção protestante, de que o trabalho como instrumento de salvação que o liberta do ócio e da luxúria (MEIRELES, 2014, P. 26).

A ideologia do trabalho se firma no sentido de que ele dignifica o homem, qualificando aquele conteúdo de dignidade referido por Kant. Surge, então, diante dos olhos uma peculiaridade do direito do trabalho – nota-se implicitamente nas lições de Meireles (2014, p.26) –, que se põe na cena jurídica sua concepção como instrumento para o exercício de um trabalho que dignifique o trabalhador. Fato é, que ninguém afirmará que o exercício de atividade laborativa em flagrante infração a várias normas trabalhistas seja instrumento de dignificação (qualificação da dignidade) do trabalhador. Mas o trabalho, regularmente exercido, pode ser descrito de maneira instrumental como ferramenta imprescindível à qualificação da dignidade, pois “O trabalho não é um fim em si mesmo, mas meio necessário à afirmação da pessoa, para atingir seus fins espirituais (MORTATI, Apud MEIRELES, 2014, P. 29).

Mas o direito do trabalho ainda tem outras peculiaridades instrumentais, como: b) a via de **acesso a outros direitos**, pois sabe-se que para o exercício de vários dos direitos fundamentais, mesmo aqueles direitos de primeira dimensão, como os direitos civis ou de liberdade, somente se potencializam para atingir um patamar adequado de concretização mediante a presença de condições sociais mínimas, condições estas que o Direito do Trabalho se dispõe a envidar esforços no sentido de concretizar. Ainda elenca-se c) a **obtenção de posição social**, que se situa na interseção da qualificação da dignidade pelo exercício do trabalho que dignifica a pessoa e o princípio da continuidade da relação de emprego, que fomenta essa progressão social e pela notabilidade que a oportunidade de exercício do labor (que será vista nas

peculiaridades finalísticas) possibilita diante do reconhecimento da experiência e desempenho destacado do exercício profissional.

5.1.3 Peculiaridades finalísticas

O terceiro e último grupo é o das peculiaridades finalísticas do Direito do Trabalho, que são abordadas a partir de uma ótica interdisciplinar que privilegia a perspectiva da economia do trabalho nos termos da análise feita por Karl Marx e que aqui já foi tratada detalhadamente. São elas: a) O **sustento próprio e familiar**, que deve ser interpretada sem olvidar que trata-se de trabalhador hipossuficiente, pois poucas são as relações jurídicas no universo do Direito em que uma das prestações se destina ao sustento de alguém ou de uma entidade familiar, e sempre que o Direito se depara com essa situação dispensa um tratamento especial. Não poderia ser diferente em casos nos quais um credor de verba alimentícia se encontra quase sempre em posição de hipossuficiência/vulnerabilidade.

Com base também nas lições de Edilton Meireles, entende-se que quando ele afirma que o trabalho estabelece conexões entre as pessoas que ultrapassam os interesses meramente individuais (2014, p. 30), ele está a ressaltar a peculiaridade finalística da b) **Essencialidade para a produção social** (e para a economia nacional), peculiaridade essa que é tratada de maneira lateral por Orlando Gomes ao abordar o aspecto singular do contrato de trabalho na 3ª Ed. de seus Estudos sobre Direito do Trabalho.

Nessa incursão, embora Orlando Gomes deixe subentendido que algumas características da relação mudam de acordo com as circunstâncias, quando ao abordar a condição primeira de funcionamento dessa relação, que é a inserção do empregado na organização produtiva, afirma que essa condição não é afetada pelo regime econômico do Estado. Irrelevante, portanto o regime econômico, pois é o modo de exercício do direito de propriedade e o modo de execução do trabalho que de fato repercutem juridicamente. Assim, seja no capitalismo ou no socialismo Gomes aduz que “o modo de exercício do direito de propriedade dos bens de produção e o modo de execução do trabalho influem decisivamente no instrumento jurídico através do qual se travam as relações necessárias ao desenvolvimento da atividade econômica” (1979, p. 91).

É nessa análise que ele destaca a existência de peculiaridades (que ele chama de particularidades), dando como exemplo as duas peculiaridades finalísticas que aqui foram elencadas organizadas nos itens “a” e “b” e analisando-as exatamente no mesmo contexto da presente pesquisa, ou seja, no âmbito de uma relação que tem como objeto mediato ôntico do

contrato o próprio corpo do trabalhador enquanto fonte da força de trabalho contratada. Vejamos as palavras e Orlando Gomes:

Quer no regime capitalista, quer nos regimes socialistas, tais relações distinguem-se pelas mesmas particularidades, sendo irrelevante a sua contextura, a circunstância de pertencerem os bens produtivos a particulares ou ao Estado. Num ou noutro, o trabalhador se engaja numa unidade orgânica de produção, presta serviços sob a direção de outrem e tem, no salário que recebe, seu meio de subsistência. Num e noutro, as relações de trabalho são em série, exigindo cooperação, e, como a prestação é inseparável da pessoa, o fator humano é levado em conta, em maior ou menor grau, primando, hoje sobre o aspecto patrimonial. (GOMES, 1979, p. 91)

Ainda no âmbito das peculiaridades finalísticas, a própria essencialidade do trabalho, e consequentemente do Direito do Trabalho (para a produção social), está ligada à concepção de trabalho prevalecente no atual momento histórico, que é justamente a de um trabalho exercido dentro dos limites legais e constitucionalmente fixados, de modo a promover e qualificar a Dignidade do trabalhador, e observar o aludido fator humano.

Assim, fez-se necessário instrumentalizar a regulamentação do trabalho para permitir o acesso a Direitos correlacionados bem como ao alcance dos fins espirituais do indivíduo (especialmente incluído numa sociedade produtiva que se esforça conjuntamente para a consecução do bem-estar comum) ligada por vezes à participação do trabalhador na economia nacional como se nota em algumas constituições estrangeiras.

É nessa esteira que a essencialidade do trabalho leva à terceira peculiaridade finalística, que é c) a **participação no progresso ou no desenvolvimento nacional**. Essa peculiaridade está ligada à organização da sociedade após o advento da modernidade e ganha lugar entre as peculiaridades elencadas em razão da sua constante aparição nas constituições de diversos países como por exemplo na Constituição da República Italiana, na qual o em sua primeira disposição preceitua que “a Itália é uma república democrática fundada no trabalho”, passagem que nos comentários de Meireles acerca do trabalho resulta na afirmação de que ele “constitui a medida do valor da pessoa e também a oportunidade que tem para contribuir para o progresso material ou espiritual da sociedade (Art. 4º)” implicando uma síntese de direito (princípio) com um dever (MEIRELES, 2014, p. 60).

Tanto é assim que o Art. 46 da Constituição Italiana “reconhece o direito dos trabalhadores de colaborar, nas formas e nos limites fixados pelas leis na gestão das empresas” (MEIRELES, 2014, p. 58), deixando claro esse direito-dever de participar do progresso/desenvolvimento nacional. E essa tônica é notada também no ordenamento jurídico-constitucional português (na Constituição da República Portuguesa - CRP), certamente em razão

da expansão do valor solidariedade com o redimensionamento causado pelo advento da terceira dimensão dos direitos fundamentais (os Direitos Sociais). Vejamos:

Todas essas disposições, pois, revelam que a CRP de 1976, ainda que sucessivamente revista, não recebeu a ideia do primado econômico em relação ao social e tem como base antropológica o homem como pessoa, com cidadão e como trabalhador. Mas ela não só protegeu o trabalhador em face da debilidade frente ao empregador. Foi mais além, reconhecendo serem os trabalhadores atores principais do projeto constitucional para uma nova ordem social assente nos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, chegando a estabelecer a intervenção laboral coletiva em prol da realização dos direitos do homem. (MEIRELES, 2014, p. 97)

Há que se ressaltar o fato de que o fator de reconhecimento, mediante participação no progresso ou no desenvolvimento nacional, atrelado ao Direito do Trabalho vem ganhando força, e tende a ganhar mais força ainda, em razão das tendências filosóficas progressistas voltarem-se para um campo mais sofisticado e condizente com os anseios da sociedade pós-moderna, pois a solidariedade como reconhecimento do outro enquanto sujeito ético e moral, merecedor de estima e empatia numa sociedade razoavelmente igualitária não pode passar despercebida pelo direito do trabalho.

Boa parte de seu instrumental teórico seja voltado para o equilíbrio da relação entre empregado e empregador, isso ocorre também mediante proteção do empregado, o que indiretamente assegura alguma medida de distribuição de renda consequentemente dificultando excessos no processo de acumulação de capital cuja origem seja imoral porque pautada na superexploração do trabalho humano.

Essa é, inclusive a abordagem de Nancy Fraser, que reconhece uma perspectiva mais moderna no âmbito do progressismo político, afirmando que “A orientação do reconhecimento recentemente atraiu o interesse dos filósofos políticos e, alguns entre eles, têm buscado desenvolver um novo paradigma normativo que coloca o reconhecimento em seu centro” (2007, p. 102), sendo que ela aponta a tensão entre esses dois campos do progressismo, o defensor da redistribuição e o campo defensor do reconhecimento.

Mas aqui, sem adentrar em maiores especificidades ou aprofundamentos desse tema, adota-se ao máximo uma visão conciliatória ou temporizadora, admitindo a convergência das duas racionalidades no âmbito do direito do trabalho, até porque acompanhamos o entendimento de Fraser de que (como ela mesma já se referiu desde 2005) trata-se de uma falsa antítese. E é o que se nota da peculiaridade de participação no progresso ou no desenvolvimento nacional aqui apresentada.

Em geral, então, o argumento buscado aqui sustenta uma conclusão ainda mais encorajada: não há nenhuma necessidade de apresentar uma escolha entre a política da redistribuição e a política do reconhecimento. É possível, ao contrário, construir um

modelo abrangente em que se pode acomodar ambos, seguindo o caminho perseguido aqui. (FRASER, 2007, p. 136)

Dada a possibilidade conciliatória oferecida por Fraser, conseqüentemente a proposta de apresentação do direito ao reconhecimento no interior da doutrina justtrabalhista notabilizada pela peculiaridade aqui apontada não acarreta qualquer tipo de incoerência ou incompatibilidade filosófica, pois pautada no conceito de Fraser de reconhecimento baseado no modelo de status, conforme se pode notar pela apresentação do conceito *in verbis*, que é totalmente coerente com a peculiaridade aqui apresentada.

Por essas razões, proporei uma análise alternativa do reconhecimento. A minha proposta é tratar o reconhecimento como uma questão de status social. Dessa perspectiva – que eu chamarei de modelo de status – o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social. (FRASER, 2007, p. 136)

Diante desse reconhecimento, pautado igualmente na ideia do que, aqui no Brasil se aborda no âmbito da função social da empresa, a doutrina portuguesa busca assegurar aos trabalhadores essa participação no progresso e na produção nacional mediante direitos ligados à participação na empresa. Assim destaca a doutrina que o domínio privado dos titulares da empresa não é absoluto, de modo que esses titulares passem a dispor das relações e postos de trabalho e da gestão da empresa com a participação dos trabalhadores (Abrantes Apud Meireles, 2014, p. 98).

Desse modo, a empresa não é “soberana” sobre os trabalhadores, reconhecendo-se o “poder” do trabalhador de se manter no emprego (MEIRELES 2014, p. 100). O que põe em relevo o objetivo constitucional do ordenamento jurídico português de garantir a participação do trabalhador na produção nacional.

E partindo dessa premissa, tendo em vista que a regra geral de pactuação de contratos de trabalho é a relação de emprego (imprescindível para a garantia do sustento da generalidade da classe trabalhadora e para a viabilização da generalidade das organizações produtivas no sistema capitalista (ou mesmo socialista para Orlando Gomes, como observou-se), tal peculiaridade finalística de garantia de participação no progresso e produção leva ao Direito ao trabalho (objeto de inúmeras controvérsias).

O referido Direito ao trabalho está diretamente relacionado à peculiaridade da participação no progresso ou no desenvolvimento nacional, pois a garantia dessa participação pode gerar ao mesmo tempo a concepção de um direito fundamental ao trabalho em várias

dimensões, seja como direito coletivo, como direito objetivo, como direito subjetivo ou mesmo como dever.

Mas como dito, há controvérsias em torno de sua existência em diversos ordenamentos jurídicos, havendo quem admita sua existência embora sem exigibilidade – como Fernando Atria, que defende a inexigibilidade dos direitos sociais como um todo, sugerindo a inviabilidade de sua judicialização (2005, p. 48-49) – quem não admita a existência de um direito ao trabalho a ser postulado por exemplo em face do Estado, como Pontes de Miranda afirma sob a égide da Constituição de 1946 que no Brasil assim como em outros lugares, o constituinte não disse como seria assegurado tal direito, de modo que não criou a pretensão (1964, p. 79-80), situação que não mudou com a Constituição de 1988.

Porém há obras que defendem a existência de um direito fundamental ao trabalho, inclusive propondo e explicando sua procedimentalização, o que possibilitaria exigibilidade, se propondo a explicar inclusive o seu alcance e extensão, como é o caso do livro “Direito Fundamental ao Trabalho” de Fábio Gomes (2008).

Mas seja não admitindo tal direito, ou numa perspectiva mais ousada, que admite alguns modos de concretização do direito fundamental ao trabalho, o que se percebe é que as constituições têm absorvido esse valor que percebe a importância da participação do cidadão na produção, no progresso e no desenvolvimento nacionais por meio do trabalho. É o que se percebe nas constituições da Itália e de Portugal. O mesmo panorama é encontrado na constituição espanhola, vejamos:

[...]Contudo, somente com a Constituição de 1978 surge de forma enfática o direito social ao trabalho.

Óbvio, porém, que essa cláusula não pode ser interpretada como geradora do direito subjetivo ao emprego, nem de forma a se exigir a obrigação de trabalhar de forma absoluta.

Outrossim, a referência ao dever de trabalhar surge muito mais como uma cláusula que impõe a tarefa do trabalho como uma função a ser desempenhada por toda e qualquer pessoa em benefício da sociedade. Dela se retira a função social que a pessoa deve desempenhar no Estado Social, inclusive através do trabalho, cuja obrigatoriedade deva ser averiguada em cada caso concreto. (MEIRELES, 2014, p. 115-116)

A finalidade protetiva do Direito do Trabalho analisada a partir do elemento da subordinação jurídica também se volta para as finalidades de proteção da saúde e da vida do empregado, seja mediante normas emanadas pelo poder legislativo, ou mesmo pela delegação de competência feita pela CLT para que o Poder Executivo crie Normas Regulamentadoras tratando da segurança no ambiente de trabalho. Essa proteção criada para aplicação individual, resultará na proteção de toda a sociedade mediante prevenção dos riscos sociais. Tal proteção também é uma peculiaridade apontada na esquematização esboçada.

A proteção social preventiva realizada pelo Direito do Trabalho se destaca, pois embora existam outros ramos do direito que sejam voltados para assegurar direitos dos que foram acometidos por riscos sociais (como a velhice, o infortúnio, a incapacidade, etc.), é o Direito Do Trabalho que atua preventivamente minorando os danos que podem ser infligidos ao trabalhador, especialmente no desempenho de atividades de risco, prevenindo assim que se formem legiões de mutilados e incapazes que não conseguiriam ser amparados mesmo com todo o elaborado sistema de custeio da previdência social.

Desse modo, foi possível perceber que existem várias peculiaridades do direito do trabalho, ligadas a práxis mediante a percepção da essência ou da natureza do trabalho numa perspectiva que leva em conta a economia do trabalho (Peculiaridades Intrínsecas). Ainda há peculiaridades que são encontradas na análise genérica das ferramentas de que se vale o Direito do Trabalho, numa abordagem pautada nos institutos jurídicos trabalhistas de origem filosófica, como a Dignidade da pessoa humana (Peculiaridades Instrumentais). E peculiaridades do trabalho que refletem na concepção e finalidade do direito do trabalho, também a partir da economia do trabalho considerando sua repercussão jurídica (Peculiaridades Finalísticas). Assim foi possível falar em peculiaridades intrínsecas, instrumentais e finalísticas.

Essas peculiaridades são parcialmente notadas por doutrinadores consagrados, como Orlando Gomes e Pinho Pedreira da Silva, valendo ressaltar que Silva destaca que são os princípios especiais do direito do trabalho que vão treinar os olhos do estudioso para perceber as singularidades desse insigne ramo do direito.

Assim, não se deve olvidar a importância da principiologia do Direito do Trabalho para a aferição das suas peculiaridades, que podem ter origem no próprio ramo jurídico, mas também no trabalho em si, na economia do trabalho ou mesmo numa perspectiva filosófica. Seja como for, é sempre necessário esse diálogo recíproco entre o Direito do Trabalho e outras ciências afins, que não se encontram de modo algum isolados no âmbito do conhecimento científico.

Tais princípios – assegura MONTOYA MELGAR, é certo que se referindo ao direito espanhol, ‘... inspiram todo o Ordenamento Laboral, de tal maneira que seu conhecimento é imprescindível tanto para apreender a singularidade do Direito do Trabalho como para aplicar retamente suas normas’. O ensinamento é válido também para o Brasil. (SILVA, 1996 p. 13-14)

Constatou-se assim a existência das peculiaridades do Direito do Trabalho, restando destacada a importância da interdisciplinaridade e dos princípios na aferição e sistematização dessas peculiaridades que apenas encontravam remissões esparsas e colaterais na doutrina quanto a sua existência. Mas diante da constatação dessas peculiaridades, surge a pergunta: A Reforma Trabalhista alterou as peculiaridades do Direito do Trabalho?

5.2 A permanência das peculiaridades

A singularidade desse ramo do direito é afetada pela reforma trabalhista? Estariam corretos aqueles que acreditam que uma alteração no plano infraconstitucional poderia afetar a essência do Direito do Trabalho? Parece mais sensato perceber a reforma como um elemento a ser conformado pelo sistema constitucional, vez que este lhe é superior e pelo sistema justralhista em que se insere.

O sistema de leis trabalhistas tem seu próprio modo de processamento das alterações que lhe sobrevenham, por mais incoerente que essa conformação possa parecer aos olhos dos não iniciados no Direito, trata-se de mecanismo de controle das alterações legislativas e de limitação do poder legislativo do Estado, que não é ilimitado.

Há uma construção guiada do conteúdo das normas oriundas dos textos inseridos num dado ramo jurídico para conformá-las à sua lógica e sua finalidade. Ademais, reforma não se confunde com recodificação, pois não se deve esquecer em momento algum que o Direito do trabalho não foi refundado pela reforma trabalhista de 2017. E nesse ponto relevante citar lições de Mário Delgado:

O conceito de código, por sua vez, já foi apresentado. o principal traço distintivo em relação aos outros processos de condensação reside, portanto, na possibilidade de criação do “direito novo”. Enquanto a consolidação pretende reproduzir o direito sem modifica-lo, **o código, ao contrário, não é continuidade, é ruptura. Pretende criar uma nova regulação substitutiva. No lugar de apenas consolidar, pretende ordenar, com base na racionalidade.** (DELGADO, 2011, **grifo nosso**, p. 54)

É exatamente nesse sentido muito do que se tem argumentado acerca da reforma nessa pesquisa, pois ela não é codificação, e ainda que tenha se colocado em contexto de ruptura, ela não possui tal potencial jurídico (primeiramente porque é infraconstitucional, enquanto o cerne da racionalidade e regulamentação das relações trabalhistas se encontra na Constituição de 1988) e fático³⁰ de refundar um ramo do Direito.

A Reforma Trabalhista, especialmente por ter sido inserida num diploma legislativo que já possui sua racionalidade, cientificamente não se confunde com uma nova codificação, devendo ser conformada ao sistema constitucional, convencional e infraconstitucional em que se insere, e no que, por exemplo, não for compatível com o a constituição, ter sua inconstitucionalidade declarada.

³⁰ Embora a construção de um discurso de aversão aos Direitos Trabalhistas possa levar as pessoas a acreditar que os Direitos Trabalhistas foram totalmente esvaziados pela reforma seja potencialmente perigoso e deva ser combatido nos planos político, social e jurídico. Mas nos limites da presente pesquisa, a técnica jurídica cientificamente embasada conduz o interprete (aqui incluído o Judiciário e, portanto, o Estado) a limitar os efeitos nocivos da reforma trabalhista, e não os ampliar.

Desse modo, as peculiaridades do Direito do Trabalho permanecem intactas, e a proteção dos bens jurídicos a elas correlacionados, continua sendo relevante para o ordenamento jurídico, que possui seus mecanismos de segurança em face de alterações que guardem incongruências com os objetivos maiores do sistema em que elas se inserem.

6 CONCLUSÃO

Iniciou-se a presente pesquisa analisando o contexto político-econômico em que se insere a Reforma Trabalhista de 2017, e como ela resulta de um movimento ideológico que exerce influência em diversos locais do mundo por meio do poder político e econômico de Instituições e Estados que se beneficiam com as mudanças geradas no plano econômico e jurídico a partir dessa ideologia. Nesse contexto, foi feita uma abordagem histórica relatando o momento político pelo qual passava o Brasil quando da aprovação dessa reforma e como ocorreu tal aprovação num curto espaço de tempo e com poucas discussões a ponto de seu projeto não ter sofrido sequer uma alteração no Senado.

Adotando uma postura crítica e questionadora, foi possível adentrar em temas pouco explorados acerca das características essenciais do Direito do Trabalho e abordá-las a partir de um prisma interdisciplinar que enriqueceu os resultados da presente pesquisa com vistas à compreensão da Reforma Trabalhista de 2017.

Após abordar o contexto político, econômico e jurídico da Reforma Trabalhista de 2017, remeteu-se a momentos históricos importantes para a formação do Direito do Trabalho e para a compreensão de sua imprescindibilidade e de sua finalidade, especialmente diante do sofrimento pelo qual a classe trabalhadora passou antes que se admitisse sua vulnerabilidade fática.

A influência do Capital nessas relações foi esclarecida com base nas lições de Marx, Cardoso, Harvey, Bauman e outros e foi colocada diante da necessidade de proteção do ser humano trabalhador, que é indissociável do contrato de trabalho como destacou Alain Supiot, fazendo com que ousássemos, a partir de lições de Heidegger, Pinto e outros incluir o elemento humano no contrato de trabalho (ou mais propriamente de emprego), na condição de objeto mediato ôntico.

Não passou despercebida a tendência de remeter novamente as relações trabalhistas para uma regulamentação civilista como fora outrora, mas diante disso, chamou-se a atenção para a maior adequação do Direito do Trabalho na regulamentação dessas relações, bem como para a modificação do Direito Civil, que se afastou mais do individualismo e do patrimonialismo econômico, colocando cada vez mais o ser humano em posição de destaque a partir da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Nessa toada, no âmbito do Direito Civil, se destacaram os Direitos da Personalidade, como próximos da relação empregatícia, que envolve cidadão portador também de Direitos Cíveis

e diferenciou-se o Patrimônio Jurídico do Patrimônio Econômico, buscando um certo rompimento com as concepções mais clássicas de patrimônio, para aderir às doutrinas mais modernas e progressistas. Assim, concluiu-se nesse ponto, que o patrimônio jurídico abrange os bens econômicos (e, portanto, o patrimônio econômico) e os bens jurídicos stricto sensu.

Além de fazer a abordagem holística da reforma, observando o panorama geral sob o prisma interdisciplinar, foi feita a abordagem pormenorizada nos institutos jurídicos constantes da reforma que possuem maior repercussão no dia-a-dia do trabalhador. Assim foram analisados a partir do texto legal aprovado na reforma pelas Leis 13.467/2017 e 102.429/2017 cinco pontos, que abrangeram os seguintes temas: Trabalho Intermitente, terceirização, teletrabalho, trabalhadores hiperssuficientes e trabalho em regime de tempo parcial.

Ao abordar mais a fundo a Reforma Trabalhista de 2017, notou-se que ela foi prejudicial aos trabalhadores em diversos pontos, causando insegurança jurídica e laborativa para o empregado. Diante da constatação dos efeitos nocivos da reforma, prontamente a pesquisa se voltou para a busca dos mecanismos de proteção do ordenamento jurídico em face de alterações socialmente nocivas.

Verificou-se que a reforma trabalhista encontrará no âmbito do ordenamento jurídico, fortes barreiras baseadas na Constituição Federal e nos princípios constitucionais, inclusive aqueles predominantemente interpretativos. Mas também encontrará barreiras nos princípios infraconstitucionais e na hermenêutica jurídica mediante a aplicação da técnica jurídica de maneira científica. Todas essas barreiras apresentam-se como conformadoras do conteúdo, significado, alcance e potencialidades da Reforma Trabalhista, pois o texto aprovado na reforma não se confunde com a norma jurídica que dele emana, sendo que a norma precisa ser construída nos moldes das barreiras e limites elencados para que possa contar com correção científica.

Também foi apresentado como barreira aos efeitos nocivos da reforma o controle de convencionalidade das normas de direito interno, que é um mecanismo de controle parametrizado pelos tratados internacionais assinados pelo Estado no âmbito de suas relações internacionais.

Nesse ponto, ficou clara a força jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário, seja com base no entendimento doutrinário ou no entendimento prevalecente no STF. Essa barreira além de remeter ao controle das normas jurídicas, claramente correlaciona-se com a hermenêutica jurídica dada sua importância para a interpretação da ordem normativa interna, inclusive e especialmente no âmbito constitucional.

Procedeu-se então com uma análise do Direito do Trabalho em busca de suas peculiaridades. Tal empreendimento foi feito partindo de uma perspectiva interdisciplinar e parametrizada pelos princípios do Direito do Trabalho e pelos elementos caracterizadores da relação de emprego.

Após sua aferição com base nas propostas encontradas na doutrina, em especial nas lições de Orlando Gomes e Pinho Pedreira da Silva, mas igualmente influenciada por todo o caminho percorrido na presente pesquisa, buscou-se, então sua sistematização. Tal sistematização pautou-se em três parâmetros amparados pela práxis da relação trabalhista, pelos instrumentos utilizados para a obtenção das finalidades do Direito do Trabalho a partir de um prisma filosófico e pelas finalidades do próprio Direito do Trabalho (valendo lembrar que trata-se da sistematização, vez que a aferição se deu nos moldes do parágrafo acima).

Ao analisar as peculiaridades, verificou-se que elas continuam todas atuais, e não foram afetadas pela Reforma Trabalhista de 2017. Isso certamente pode ser afirmado principalmente em razão das barreiras e limites que o ordenamento jurídico impõe às normas que surgem para integrá-lo. Como entendeu-se ser o caminho correto a ser percorrido pela Reforma Trabalhista, se tornou possível dizer, nesse ponto, que todas as hipóteses cogitadas na introdução estavam corretas e, portanto, se confirmaram ao final da pesquisa.

Assim, não obstante o revés neoliberalizante que se faz presente no momento histórico em que se insere a Reforma Trabalhista e as preocupações para as quais não se deve fechar os olhos quando se verifica os ataques que o Direito do Trabalho tem sofrido, foi possível aferir que o ordenamento jurídico possui um forte complexo de mecanismos para sua autoproteção.

Não se pode negar os embates de forças econômicas, forças políticas e interesses que subjazem ao fenômeno já bem conhecido do sistema de produção. Estes certamente não deixarão de ocorrer e devem ser considerados como fatores a influenciar nos caminhos que podem ser adotados no desenvolvimento do Estado mediante alteração do seu sistema jurídico.

Entretanto o Direito impõe que a análise do panorama jurídico seja feita acerca do direito posto, considerando o panorama atual do ordenamento, que não se confunde com as concepções sociais acerca desse mesmo ordenamento. O que não se deve admitir é que tais concepções sociais expropriem o lugar que naturalmente deve ser ocupado pela ciência jurídica e pela técnica adequada de compreensão do fenômeno jurídico que a ciência do Direito fornece, especialmente quando amparada pelos demais conhecimentos de suma importância que podem ser fornecidos demais ciências.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Org. TRAVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Revista Española de Derecho Constitucional: **Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad**. Revista n. 91, enero-abril (2011), págs. 11-29. Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>> Acesso em: 04/07/2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático” in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 217, 1999.

ANTUNES, Ricardo. DRUCK, Graça. **A Terceirização Sem Limites**: a precarização do trabalho como regra. In.: O Social em Questão - Ano XVIII - nº 34 – 2015, p. 19-40. Disponível em: <<http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/Sm4618UP754c17102374.pdf>>. Acesso em: 10/11/2018.

ALVES, Amauri Cesar. A Eficácia dos Direitos fundamentais no Âmbito das Relações Trabalhistas. **Revista Legislação, Doutrina e Jurisprudência**, São Paulo, LTR, v.75, 2011, p. 1209-1218.

ALVARENGA, Darlan. **Trabalho intermitente tem baixa adesão e comércio como maior empregador**. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/trabalho-intermitente-tem-baixa-adesao-e-comercio-como-maior-empregador.ghtml>>. Acesso em: 09/11/2018.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador**.. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>. Acesso em: 27/09/2018.

ALVES, Eliana Calmon. **As Gerações de Direitos e as Novas Tendências**. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (coords.). Dimensões do direito contemporâneo. São Paulo: IOB, 2001.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição á aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **A Evolução do Pensamento do Direito do Trabalho**. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm> acesso em: 15/09/2016.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10ª ed. São Paulo: Paz e terra, 2000. (LIDO)

BORGES, A. **Mercado de Trabalho**, in IVO, Anete et all. Dicionário Temático desenvolvimento e questão social, Annablume, 2013, 303-309.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. CHAMBOREDON, Jean-Claude. PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo: preliminares epistemológicas**. Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Permanentes e temporários**. In: Contrafogos. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998. Páginas: 119 -127.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1987.

CAIRO JR. José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.

CARNEIRO, Neri P. **Memória E Patrimônio: Etimologia**. 2009. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/memoria-e-patrimonio-etimologia/21288>> Acesso em: 30/04/2018.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Vol. I e II. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

CHAUÍ, Marilena. **Tragédia do Neoliberalismo**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TUrMh9-bsR0>>. Acesso em: 10/08/2018.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos Direitos Fundamentais Entre Particulares:** juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, Descodificação e Recodificação do Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho Delgado, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017b.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. 2ª Ed. - São Paulo: Martins Fontes. 2005.

FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho:** homenagem a Armando Casimiro Costa. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERREIRA, Lourdes Angelica Pinto Gondin. **A Industrialização no período JK e suas consequências para o endividamento externo e a inflação.** Salvador: 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9785/1/Lourdes%20Ferreiraseg.pdf>> Acesso em: 09/11/2018.

FILGUEIRAS, Vitor. BISPO, Bruna. COUTINHO, Pablo. **A Reforma Trabalhista como Reforço a Tendências Recentes no Mercado de Trabalho.** In: Org.: KREIN, José Dari. GIMENEZ, Deni Maracci. SANTOS, Anselmo Luis dos. Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018, p. 123-154.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007. Disponível em: [HTTP://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf). Acesso em: 13/09/2018.

FRENCH, John D. **Afogados em Leis: a CLT e a cultura dos trabalhadores brasileiros.** Trad. Paulo Fontes. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Reforma Trabalhista.** 2ª ed. Ver., amp e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GOMES, Fábio Rodrigues. O Direito Fundamental ao Trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho:** estudos. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1979.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Aplicação e Interpretação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HARVEY, David. **A Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

HARVEY, David. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Peschanski. - São Paulo, SP: Boitempo, 2011.

HARVEY, David. **Para Entender o Capital**, Livro 1, Boitempo, 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova; revisão de tradução de Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HENRIQUES, Antonio. MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9ª ed., ver. E reform. São Paulo: Atlas, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONESKO, Raquel Schlommer. **Discussão Histórico-Jurídica Sobre as Gerações de Direitos Fundamentais**: A Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2012.

KURZ, Robert. **A Pulsão de Morte da Concorrência**: assassinos amoque e suicidas como sujeitos da crise. Trad. Luiz Repa, 2002. Disponível em: <<http://www.obeco-online.org/rkurz100.htm>> Acesso em: 13/05/2017.

KURZ, Robert. **Buracos de Rato para Elefantes**: assassinos amoque e suicidas como sujeitos da crise. Trad. José Marcos Macedo, 1996. Disponível em: < <http://www.obeco-online.org/rkurz52.htm>> Acesso em: 29/01/2018.

KURZ, Robert. **Os Fantasmas Reais da Crise Mundial**. In.: A guerra de ordenamento mundial. 2003. Disponível em <<http://www.obeco-online.org/rkurz175.htm>> Acesso em: 13/05/2017.

LÚCIO, Clemente Ganz. Impactos das reformas trabalhistas no mundo. *Brasil Debate*, 29/03/2017. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—inst/documents/publication/wcms_414588.pdf> Acesso em: 13/05/2017.

MARINHO, Rogerio. **Parecer da Comissão Especial ao Projeto da Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> Acesso em: 14/05/2018.

MARX, Karl. **O Capital** – Capítulos 8, 15-19 e 23. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1867/ocapital-v1/vol1cap01.htm> >. Acesso em 29/01/2018.

MARX, Karl. **Salário, Preço e Lucro**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista – Entenda o que mudou**: CLT comparada e comentada. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional**. In Revista Internacional de Direitos Humanos, Sur18, Ver. n. 10, jun/2013, p. 215-235.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho**: O trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIGUEL, Luís Felipe. **A Democracia Domesticada: Bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo**. In: Dados – Revista de /ciências Sociais. Rio de Janeiro, Vol 45, n. 03, 2002, p. 483-510.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). A construção dos Novos Direitos. Vol. 1. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Arbitragem na Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258392,61044-Arbitragem+na+Reforma+Trabalhista>>. Acesso em: 06/09/2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31ª ed. São Paulo: 2005.

OFFE, Claus. **Capitalismo Desorganizado: Transformações contemporâneas do trabalho e da política**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. v. 1: direito individual. São Paulo: LTr, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito, literatura e a construção do saber Jurídico**: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: Revista de Informação Legislativa, 2012, p. 297-309.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. (ano 2002), 6ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras Complementares de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68.

SEVERO, Valdete Souto. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos / Valdete Souto Severo, Jorge Luiz Souto Maior; organizadores Afonso Paciléio Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo (SP): Sensus, 2017.

SILVA, Daniel Neves. **Governo de Juscelino Kubitschek**. 201? Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/governo-juscelino-kubitschek.htm>> Acesso em: 09/11/2018.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia de Direito do Trabalho**. Salvador: Grafica Contraste, 1996.

SILVA, Sandro Pereira. **A Estratégia Argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à Luz de Dados Internacionais**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/180502_bmt_64_08_politica2.pdf>. Acesso em: 31/05/2018.

SINGER, Paul. **Economia Política do Trabalho**. São Paulo: HUCITEC, 1997.

SINDICATO NACIONAL DOS AERONAUTAS. **Aeronautas Decidem em AGE Sobre Greve Contra Reforma Trabalhista**. 18/04/2018. Disponível em: <<https://www.aeronautas.org.br/assembleia/6842-aeronautas-decidem-em-age-sobre-greve-contra-reforma-trabalhista.html>> Acesso em: 02/12/2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 3ª ed. re., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SUPIOT, Alain. **Crítica del derecho del trabajo**. Trad. José Luis Gil y Gil. Madrid: MTSS, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF Decide Que é Lícita a Terceirização em Todas as Atividades Empresariais**. 30 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>> Acesso em: 27/09/2018.

TREVISAN, KARINA. **Setor de Serviços e Comércio Criaram 75% das Vagas de Trabalho Intermitente e Parcial Após Reforma Trabalhista**. 01 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/01/setor-de-servicos-e-comercio-criaram-75-das-vagas-de-trabalho-intermitente-e-parcial-apos-reforma-trabalhista.ghtml>> Acesso em: 27/09/2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral Dos “Novos” Direitos**. In: Revista Jurídica (FIC). Vol. 2, n.31. Curitiba, 2013.

VALE, André Rufino do. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

VAZQUEZ; SOUSA; OLIVEIRA. **Reforma trabalhista: 78,4% dos postos criados são intermitentes ou parciais**. 13 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/reforma-trabalhista-784-dos-postos-criados-sao-intermitentes-ou-parciais/>> Acesso: 13/09/2018.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Contrato de Trabalho & eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VILLATORE, Marco Antônio. GOMES, Eduardo Biacchi. **Aspectos Sociais e Econômicos da Livre Circulação de Trabalhadores e o Dumping Social**. 2006.

Disponível em: <http://calvo.pro.br/media/file/colaboradores/marco_antonio_cesar_villatore/marco_villatore_aspectos_sociais.pdf>. Acesso em 12/08/2018.

ANEXO

CLT DINÂMICA³¹

**ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT
CONVENÇÕES RATIFICADAS PELO BRASIL**

As Convenções ratificadas pelo Brasil, denunciadas ou não, são apresentadas aqui em seus inteiros teores, acompanhadas dos decretos de aprovação e promulgação, bem como sua situação para o país, vigente ou não.

As Convenções, após serem adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho, seguem para apreciação de seus Estados Membros através da autoridade nacional competente que, no caso do Brasil, é o Congresso Nacional. Este, em caso de aprovação, publicará o respectivo decreto legislativo.

Aprovada, a Convenção será ratificada pelo Presidente da República junto à OIT através de uma carta de ratificação e será promovido seu registro pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

Um ano após o registro, a Convenção entra em vigor na esfera internacional para o país que a ratificou, pelo período de 10 anos, desde que já tenha transcorrido um ano da ratificação por dois Estados Membros.

Expirado o decênio, o país poderá denunciar a Convenção, que cessa seus efeitos um ano após o registro de sua denúncia. Não sendo usada essa faculdade, a Convenção continua vigente por um novo período de dez anos.

A Convenção poderá ser revisada e, ratificado o novo texto pelo Estado Membro, fica denunciada, automaticamente, a anterior.

No Brasil, a vigência da Convenção depende de sua promulgação por um Decreto do Presidente da República, publicado no Diário Oficial da União.

Para uma melhor análise da constituição e do funcionamento da Organização Internacional do Trabalho, clique [AQUI](#).

nº	Tema
185	DOCUMENTOS DA GENTE DO MAR (REVISADA)
182	PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL
178	CONDIÇÕES DE VIDA E DE TRABALHO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS
176	SEGURANÇA E SAÚDE NAS MINAS
174	PREVENÇÃO DE ACIDENTES INDUSTRIAIS MAIORES
171	TRABALHO NOTURNO
170	SEGURANÇA NA UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS NO TRABALHO
169	POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

³¹ Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_Ind.html>

168	PROMOÇÃO DO EMPREGO E PROTEÇÃO CONTRA O DESEMPREGO
167	SEGURANÇA E SAÚDE NA CONSTRUÇÃO
166	REPATRIAÇÃO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS
164	PROTEÇÃO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA MÉDICA AOS TRABALHADORES MARÍTIMOS
163	BEM-ESTAR DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS NO MAR E NO PORTO
162	UTILIZAÇÃO DO ASBESTO COM SEGURANÇA
161	SERVIÇOS DE SAÚDE DO TRABALHO
160	ESTATÍSTICAS DO TRABALHO
159	REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E EMPREGO DE PESSOAS DEFICIENTES
158	TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR
155	SEGURANÇA E SAÚDE DOS TRABALHADORES E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO
154	INCENTIVO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA
152	SEGURANÇA E HIGIENE NOS TRABALHOS PORTUÁRIOS
151	RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
148	MEIO AMBIENTE DE TRABALHO (CONTAMINAÇÃO DO AR, RUÍDO E VIBRAÇÕES)
147	NORMAS MÍNIMAS DA MARINHA MERCANTE
146	FÉRIAS REMUNERADAS ANUAIS DA GENTE DO MAR
145	CONTINUIDADE DO EMPREGO DA GENTE DO MAR
144	CONSULTAS TRIPARTITES SOBRE NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO
142	DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS HUMANOS
141	ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES RURAIS
140	LICENÇA REMUNERADA PARA ESTUDOS
139	PREVENÇÃO E CONTROLE DE RISCOS PROFISSIONAIS CAUSADOS PELAS SUBSTÂNCIAS OU AGENTES CANCERÍGENOS
138	IDADE MÍNIMA DE ADMISSÃO AO EMPREGO
137	TRABALHO PORTUÁRIO
136	PROTEÇÃO CONTRA OS RISCOS DE INTOXICAÇÃO PROVOCADOS PELO BENZENO
135	PROTEÇÃO DE REPRESENTANTES DE TRABALHADORES
134	PREVENÇÃO DE ACIDENTES DE TRABALHO DOS MARÍTIMOS
133	ALOJAMENTO A BORDO DE NAVIOS
132	FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS
131	FIXAÇÃO DE SALÁRIOS MÍNIMOS, COM REFERÊNCIA ESPECIAL AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO
127	PESO MÁXIMO DAS CARGAS QUE PODEM SER TRANSPORTADAS POR UM SÓ TRABALHADOR
126	ALOJAMENTO A BORDO DOS NAVIOS DE PESCA
125	CERTIFICADOS DE CAPACIDADE DOS PESCADORES
124	EXAME MÉDICO PARA DETERMINAÇÃO DA APTIDÃO DOS ADOLESCENTES A EMPREGO EM TRABALHOS SUBTERRÂNEOS NAS MINAS
122	POLÍTICA DE EMPREGO
120	HIGIENE NO COMÉRCIO E NOS ESCRITÓRIOS
119	PROTEÇÃO DAS MÁQUINAS
118	IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS NACIONAIS E NÃO-NACIONAIS EM MATÉRIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL
117	OBJETIVOS E NORMAS BÁSICAS DA POLÍTICA SOCIAL
116	REVISÃO DOS ARTIGOS FINAIS
115	PROTEÇÃO CONTRA AS RADIAÇÕES IONIZANTES
113	EXAME MÉDICO DOS PESCADORES

111	DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO E PROFISSÃO
110	CONDIÇÕES DE EMPREGO DOS TRABALHADORES EM FAZENDAS
109	SALÁRIOS, DURAÇÃO DO TRABALHO A BORDO E EFETIVOS (REVISTA, 1958)
108	CARTEIRAS DE IDENTIDADE NACIONAIS DOS MARÍTIMOS
107	POPULAÇÕES INDÍGENAS E TRIBAIS
106	REPOUSO SEMANAL NO COMÉRCIO E NOS ESCRITÓRIOS
105	ABOLIÇÃO DO TRABALHO FORÇADO
104	ABOLIÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS POR INADIMPLENTO DO CONTRATO DE TRABALHO POR PARTE DOS TRABALHADORES INDÍGENAS
103	AMPARO À MATERNIDADE (REVISTA, 1953)
101	FÉRIAS PAGAS NA AGRICULTURA
100	IGUALDADE DE REMUNERAÇÃO PARA A MÃO-DE-OBRA MASCULINA E A MÃO-DE-OBRA FEMININA POR UM TRABALHO DE IGUAL VALOR
99	MÉTODOS DE FIXAÇÃO DE SALÁRIO MÍNIMO NA AGRICULTURA
98	APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE ORGANIZAÇÃO E DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA
97	TRABALHADORES MIGRANTES (REVISTA, 1949)
96	ESCRITÓRIOS REMUNERADOS DE EMPREGOS
95	PROTEÇÃO DO SALÁRIO
94	CLÁUSULAS DE TRABALHO NOS CONTRATOS FIRMADOS POR AUTORIDADE PÚBLICA
93	SALÁRIOS, DURAÇÃO DE TRABALHO A BORDO E TRIPULAÇÃO (REVISTA, 1949)
92	ALOJAMENTO DA TRIPULAÇÃO A BORDO (REVISTA, 1949)
91	FÉRIAS REMUNERADAS DOS MARINHEIROS (REVISTA, 1949)
89	RELATIVA AO TRABALHO NOTURNO DAS MULHERES OCUPADAS NA INDÚSTRIA (REVISTA, 1948)
88	ORGANIZAÇÃO DO SERVIÇO DE EMPREGO
81	INSPEÇÃO DO TRABALHO NA INDÚSTRIA E NO COMÉRCIO
80	REVISÃO DOS ARTIGOS FINAIS DE 1946
58	IDADE MÍNIMA PARA ADMISSÃO DE MENORES NO TRABALHO MARÍTIMO
53	CERTIFICADO DE CAPACIDADE PROFISSIONAL DOS CAPITÃES E OFICIAIS DA MARINHA MERCANTE
52	FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS
45	EMPREGO DAS MULHERES NOS TRABALHOS SUBTERRÂNEOS NAS MINAS DE QUALQUER CATEGORIA
42	INDENIZAÇÃO DAS MOLÉSTIAS PROFISSIONAIS
41	TRABALHO NOTURNO DAS MULHERES (REVISTA, 1934)
29	TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO
26	MÉTODOS DE FIXAÇÃO DE SALÁRIOS MÍNIMOS
22	CONTRATO DE ENGAJAMENTO DE MARINHEIROS
21	SIMPLIFICAÇÃO DA INSPEÇÃO DOS EMIGRANTES A BORDO DOS NAVIOS
19	IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS TRABALHADORES ESTRANGEIROS E NACIONAIS EM MATÉRIA DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTES NO TRABALHO
16	EXAME MEDICO OBRIGATÓRIO DAS CRIANÇAS E MENORES EMPREGADOS A BORDO DOS VAPORES
14	REPOUSO SEMANAL NOS ESTABELECIMENTOS INDUSTRIAIS
12	INDENIZAÇÃO POR ACIDENTES NO TRABALHO (AGRICULTURA)
11	DIREITOS DE ASSOCIAÇÃO E DE UNIÃO DOS TRABALHADORES AGRÍCOLAS
7	IDADE MÍNIMA DE ADMISSÃO NO TRABALHO MARÍTIMO
6	TRABALHO NOTURNO DAS CRIANÇAS NA INDÚSTRIA

- 5 [IDADE MÍNIMA DE ADMISSÃO DAS CRIANÇAS NOS TRABALHOS INDUSTRIAIS](#)
- 4 [TRABALHO NOTURNO DAS MULHERES](#)
- 3 [EMPREGO DAS MULHERES ANTES E DEPOIS DO PARTO](#)

[Coordenadoria de Gestão Normativa e Jurisprudencial](#)