

deve conceder, valendo-se, ao mesmo tempo, de argumentos da teoria da argumentação jurídica racional e de argumentos empíricos que se refiram às peculiaridades do objeto da decisão e às consequências possíveis da decisão⁽¹⁰⁾.

Por mais esforço que tenha feito o autor em questão — e, por certo, não foi pouco, nem, muito menos, desimportante — o fato é que não consegue extrair uma ideia útil à Teoria Geral do Direito, restando, ainda, grande margem de subjetivismo, apesar da noção de fundamentação a partir de preferência condicionada, pois a rede de regras a limitar essas preferências é extraída do conjunto de decisões judiciais que tratam da efetividade dos direitos fundamentais nos casos concretos. Em certo sentido, a prática do Direito criaria a rede de fundamentos que constituiria a base da teoria, que, por sua vez, determinaria a atuação prática. Mas, essa criação viria de lugar algum, ou melhor, de algo sem determinação específica, como “avaliação empírica” e a utilização da teoria da “argumentação jurídica racional”.

Concretamente, uma tal teoria é uma antiteoria, prestando-se a qualquer propósito, sendo certo que jamais se pode negar um propósito específico e determinado ao Direito. Não que o Direito não esteja integrado de normas — e até princípios — que se contraponham. Mas, sobrepujar as contradições, em situações concretas, por uma atitude pontual desvinculada de uma teorização específica do Direito, ainda que preconizando o ideal de que as decisões sirvam como parâmetro para novas decisões — o que não se pode impor —, serve apenas para manter vigentes valores que na racionalidade jurídica do Direito Social, cuja existência não pode ser negada pelo relato histórico, já deveriam estar extirpados do contexto da prevalência do interesse coletivo da instrumentalização da justiça social.

Essa proposição, ora apresentada, não se trata, por óbvio, de uma “tirania de valores”, como diria Carl Schmidt, mas de fruto das constatações históricas e da extração da axiologia referida em praticamente todos os Documentos internacionais produzidos ao longo do século XX, que se inseriram na racionalidade jurídica com a cláusula do não retrocesso.

Sem uma proposição valorativa no sentido crítico do Direito no capitalismo e sem uma investigação histórica que conduza à constatação da atual função do Direito neste modelo de sociedade, a teoria da ponderação derrama sobre o Direito um jogo de palavras que serve à atração dos valores liberais, numa perspectiva exclusiva do individualismo, mascarados em direitos fundamentais, ao mesmo plano dos direitos sociais e talvez por isso mesmo é que teve tanta propaganda na era neoliberal.

4. O DIREITO DO TRABALHO

Já se afastou, pelo estudo histórico, a compreensão economicista do Direito do Trabalho, que reduz sua relevância para a sociedade, tendo sido rechaçada, também,

ideia de que o Direito de alguns direitos aos trabalhadores, compreensão de que o Direito a reconstrução da sociedade.

Como destacado por

O Direito do Trabalho desse sistema, a importante relação da sociedade civil

Resta, agora, aprofundando-se claro, desde já a Teoria Geral do Direito do Trabalho a de elaborar o método concretos a função que lhe

Uma teorização em teoria reconstrução dos postulados método necessário que permeia da sociedade que priorizam essa postulação é de suma importância que, durante a histórica evolução na racionalidade h

A crítica ao Direito, referendos abordagens subsequentes, é não basta, pois destruindo o objetivo de, efetivamente, el

As estratégias teóricas de também como visto, não con postulados do Direito Social do Direito do Trabalho. Confi guarda uma visão do Direito conjunto de seus princípios, marca a direção de todo o sistema direção teleológica imprime melhoria das condições de pact sem tal valor e direção finalística historicamente, e nem sequer ju sua função principal na sociedade

Cumprir lembrar, de todo m que veio a se denominar Direito

ideia de que o Direito do Trabalho fora criado pelo Estado Liberal para conferir alguns direitos aos trabalhadores como forma de conter a sua ação política. Firmou-se a compreensão de que o Direito do Trabalho é um fenômeno do século XX, destinado à reconstrução da sociedade esfacelada pelo capitalismo desorganizado.

Como destacado por Mauricio Godinho Delgado⁽¹³²⁾:

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

Resta, agora, aprofundar a construção teórica em torno do Direito do Trabalho, deixando-se claro, desde já, que a preocupação mais relevante não é a de criar uma Teoria Geral do Direito do Trabalho nos moldes clássicos da Teoria Geral do Direito, mas a de elaborar o método de análise necessário para que se possa traduzir em atos concretos a função que lhe fora conferida historicamente.

Uma teorização em torno do Direito do Trabalho parte, portanto, da imperiosa reconstrução dos postulados teóricos do Direito Social, com o esclarecimento do método necessário que permita transpor para a realidade as normas de organização da sociedade que priorizam o ser humano social dentro de um contexto capitalista. Essa postulação é de suma relevância, até para dar um sentido real à vida de tantas pessoas que, durante a história, lutaram para que, efetivamente, houvesse uma evolução na racionalidade humana.

A crítica ao Direito, referida inicialmente neste capítulo, e reproduzida em outras abordagens subsequentes, é importante para quebrar o processo de alienação, mas não basta, pois destruindo o Direito, sem nada pôr no lugar, não se pode atingir o objetivo de, efetivamente, eliminar a abstração da teoria jurídica.

As estratégias teóricas de natureza destrutiva da concepção social do Direito, também como visto, não constituíram obstáculos intransponíveis para o resgate dos postulados do Direito Social e, consequentemente, à exata compreensão da função do Direito do Trabalho. Conforme explicitado por Mauricio Godinho Delgado, que guarda uma visão do Direito como sistema, "o ramo trabalhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Esse valor — e a consequente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado — consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho nem sequer se compreenderia, historicamente, e nem sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea"⁽¹³³⁾.

Cumprir lembrar, de todo modo, que a criação de um ramo específico do Direito, que veio a se denominar Direito do Trabalho, não fazia parte de algum projeto pré-

...r, valendo-se, ao mesmo tempo, de argumentos da teoria da jurídica racional e de argumentos empíricos que se refiram às do objeto da decisão e às consequências possíveis da decisão⁽¹³¹⁾.

esforço que tenha feito o autor em questão — e, por certo, não foi muito menos, desimportante — o fato é que não consegue extrair uma Teoria Geral do Direito, restando, ainda, grande margem de subjetivismo, o de fundamentação a partir de preferência condicionada, pois a rede limitar essas preferências é extraída do conjunto de decisões judiciais efetividade dos direitos fundamentais nos casos concretos. Em certo sentido do Direito criaria a rede de fundamentos que constituiria a base de por sua vez, determinaria a atuação prática. Mas, essa criação viria de ou melhor, de algo sem determinação específica, como "avaliação utilização da teoria da "argumentação jurídica racional".

mente, uma tal teoria é uma antiteoria, prestando-se a qualquer um certo que jamais se pode negar um propósito específico e no Direito. Não que o Direito não esteja integrado de normas — e até que se contraponham. Mas, sobrepujar as contradições, em situações r uma atitude pontual desvinculada de uma teorização específica — que preconizando o ideal de que as decisões sirvam como parâmetro cisões — o que não se pode impor —, serve apenas para manter vigentes a racionalidade jurídica do Direito Social, cuja existência não pode ser relato histórico, já deveriam estar extirpados do contexto da prevalência coletivo da instrumentalização da justiça social.

oposição, ora apresentada, não se trata, por óbvio, de uma "tirania de no diria Carl Schmidt, mas de fruto das constatações históricas e da axiologia referida em praticamente todos os Documentos internacionais o longo do século XX, que se inseriram na racionalidade jurídica com a não retrocesso.

na proposição valorativa no sentido crítico do Direito no capitalismo e investigação histórica que conduza à constatação da atual função do Direito de sociedade, a teoria da ponderação derrama sobre o Direito um jogo que serve à atração dos valores liberais, numa perspectiva exclusiva do no, mascarados em direitos fundamentais, ao mesmo plano dos direitos vez por isso mesmo é que teve tanta propaganda na era neoliberal.

-concebido e, em certa medida, esse tal ramo só se consagrou pelo insucesso da inserção de uma nova racionalidade jurídica no seio da Teoria Geral do Direito — então impregnada das concepções teóricas do Direito Civil —, pois a ideia inicial como demonstrado neste estudo, era a alteração do próprio Direito Civil, ao qual as primeiras leis trabalhistas estavam sendo integradas.

Como acima demonstrado, a integração da legislação operária ao Direito, o qual era, por uma obviedade histórica, o Direito Civil, tendia a alterar a própria estrutura do Direito Civil, em razão do espírito solidário que se incorporou, com o tempo, à avaliação organizacional, voltada à aplicação dessa legislação. De forma mais clara, a liberdade contratual era frontalmente atacada.

Conforme sentenciava Evaristo de Moraes, em 1905:

Dai resulta este princípio: — dada a desigualdade de forças econômicas, a liberdade sem freio constitui causa fatal de usurpação e de opressão. I deste princípio surge a necessidade de se precisarem certas condições do trabalho assalariado, pondo de parte o respeito fetichístico da liberdade. (134)

Não haveria, assim, um corte epistemológico na estrutura geral do Direito, separando-se o direito público e o direito privado, que justificasse a adoção de métodos contrapostos no que se refere, por exemplo, ao Direito Civil e ao Direito do Trabalho, sob a suposição de que no primeiro estariam preservados os valores liberais clássicos e no segundo não se daria mais que a mera limitação episódica dos valores liberais, pela eventual incidência de alguns postulados sociais, lidos de forma restrita. Esse desvio de análise, aliás, foi o que motivou alguns autores a visualizar o Direito Social como um "tertium genus", para abarcar as estruturas específicas dos, então denominados, "direitos sociais", o Direito do Trabalho e o Direito da Seguridade Social, buscando afastar-lhes da influência do Direito Civil, mas nem essa estratégia deu efetivo resultado, porque a leitura clássica fez questão de afastar a ideia de que pudesse haver, mesmo neste sentido mais restrito, um Direito Social, sob a consideração de que "social" todo Direito é, embora sem atribuir qualquer valoração concreta à expressão, e ainda, manteve o Direito do Trabalho no ramo do direito privado.

Mas, a separação do Direito em ramos, com a preservação da grande dicotomia, o que afastou, portanto, a generalização dos preceitos do Direito Social, teve como benefício paradoxal a consolidação do Direito do Trabalho, que, mesmo integrado ao quadrante do direito privado, se constituiu um instrumento importante de imposição de valores sociais e humanos exatamente no confronto básico do modelo Capitalista: o capital e o trabalho.

A afirmação do Direito do Trabalho enquanto ramo específico do Direito implica, presentemente, a consideração de que o Direito do Trabalho possui uma racionalidade que lhe é própria. Mas, a aceitação dessa premissa acaba, reflexamente, se voltando

contra a própria estrutura que a criou, pois a racionalidade do Direito posta em atuação concreta, põe em questão os fundamentos da Direito, possibilitando o questionamento em torno do permissivo um todo acolher essa racionalidade.

A separação do Direito em ramos, classificados em conflitos de incidência de preceitos públicos ou privados, serviu à lógica de interesses liberais, mesmo diante do projeto de uma sociedade cuja importância foi reconhecida após vivenciados os horrores de razão (do confronto com o advento da experiência socialista no la preservação já foi por si uma vitória para certos interesses econômicos deveria operar era a superação plena do próprio modelo capital essa vitória teve um preço inevitável: a consagração dos "novos" Direitos Trabalho e o Direito da Seguridade Social) nos quais os pressu Social integraram-se, sem maiores discussões, pelo menos, inicialmente.

E, numa perspectiva evolutiva, foram esses tais "ramos" do Direito se apresentando como instrumentos de revelação das contradições capitalista e do acatamento das reivindicações que impulsionaram a para a preservação de interesses sociais na sociedade capitalista.

Ainda que a origem da legislação tenha sido, como visto, dada, voltada a evitar o aumento das revoltas dos trabalhadores, ou, se minimizar as más condições de trabalho, o trato teórico do Direito partir da racionalidade que impunha uma superação dos postulados e da formação de um projeto para construção da justiça social, império do capitalismo, confere ao Direito do Trabalho uma particular para o questionamento crítico da própria Teoria Geral do Direito.

O Direito do Trabalho, por isso mesmo, passou a ser um objeto ideológica também se verifica mais abertamente. Desde as origens para o Direito do Trabalho é possível verificar a tensão entre conferiam a este ramo o mero papel de harmonizar os interesses trabalho ou que lhe atribuíam a função de, efetivamente, possibilitar a classe trabalhadora.

Essa relevância do Direito do Trabalho é verificável, também ataques que lhe são desferidos pelo capital, aparecendo, entretanto, retóricos de que os custos gerados pelo Direito do Trabalho com ao desenvolvimento econômico e que a proteção jurídica aos trabalhadores prejudicando porque imbuem o oferecimento de empregos.

Fruto do fim da Guerra Fria e do afastamento histórico dos ataques a nova concepção liberal, mais radical, reivindica, assim, a eliminação dos impostos pelos direitos trabalhistas e a redução dos custos trabalhistas pelo Direito da Seguridade Social.

(134) MORAES, Evaristo de. *Apostamentos de direito operário*. Fac. Simile da obra editada em 1905. São Paulo: LTr, 1986, p. 17.

contra a própria estrutura que a criou, pois a racionalidade do Direito do Trabalho, posta em atuação concreta, põe em questão os fundamentos da Teoria Geral do Direito, possibilitando o questionamento em torno do permissivo do Direito como um todo acolher essa racionalidade.

A separação do Direito em ramos, classificados em conformidade com a incidência de preceitos públicos ou privados, serviu à lógica de preservação dos interesses liberais, mesmo diante do projeto de uma sociedade com novos valores, cuja importância foi reconhecida após vivenciados os horrores de duas guerras e em razão do confronto com o advento da experiência socialista no leste europeu. Essa preservação já foi por si uma vitória para certos interesses econômicos, pois o que se deveria operar era a superação plena do próprio modelo capitalista. Mas, mesmo essa vitória teve um preço inevitável: a consagração dos "novos" direitos (o Direito do Trabalho e o Direito da Seguridade Social) nos quais os pressupostos do Direito Social integraram-se, sem maiores discussões, pelo menos, inicialmente.

E, numa perspectiva evolutiva, foram esses tais "ramos" do Direito que acabaram se apresentando como instrumentos de revelação das contradições do modelo capitalista e do acatamento das reivindicações que impulsionaram as políticas públicas para a preservação de interesses sociais na sociedade capitalista.

Ainda que a origem da legislação tenha sido, como visto, de índole burguesa, violada a evitar o aumento das revoltas dos trabalhadores, ou, simplesmente, para minimizar as más condições de trabalho, o trato teórico do Direito do Trabalho a partir da racionalidade que impunha uma superação dos postulados teóricos liberais e da formação de um projeto para construção da justiça social, mesmo que sob o império do capitalismo, confere ao Direito do Trabalho uma posição de destaque para o questionamento crítico da própria Teoria Geral do Direito.

O Direito do Trabalho, por isso mesmo, passou a ser um objeto no qual a luta ideológica também se verifica mais abertamente. Desde as origens de uma teorização para o Direito do Trabalho é possível verificar a tensão entre proposições que conferiam a este ramo o mero papel de harmonizar os interesses entre o capital e o trabalho ou que lhe atribuíam a função de, efetivamente, possibilitar uma emancipação da classe trabalhadora.

Essa relevância do Direito do Trabalho é verificável, também, pelos constantes ataques que lhe são desferidos pelo capital, aparecendo, então, os argumentos retóricos de que os custos gerados pelo Direito do Trabalho constituem empecilhos ao desenvolvimento econômico e que a proteção jurídica aos trabalhadores acaba lhes prejudicando porque imbuem o oferecimento de empregos pelas empresas.

Fruto do fim da Guerra Fria e do afastamento histórico dos horrores das guerras, a nova concepção liberal, mais radical, reivindica, assim, a eliminação dos limites impostos pelos direitos trabalhistas e a redução dos custos tributários provocados pelo Direito da Seguridade Social.

A ação destrutiva, quando se trata do Direito, como visto acima, é quase sempre bem mais sutil. Para acabar com o Direito do Trabalho basta quebrar a sua lógica

interna, criando topois (lugares comuns da argumentação desvinculados de qualquer preocupação com a realidade) que visam inviabilizar a própria compreensão da realidade. É assim que se fala em descompasso do Direito do Trabalho frente aos novos modos de produção; em fim dos empregos; em resgate da autonomia da vontade como mecanismo de modernização das relações de trabalho. Além disso, a exemplo do que já se produziu no século XIX, tornam-se as formas de exploração mais complexas, transformando-se o trabalhador em explorador, ele próprio, de outros trabalhadores, por meio das técnicas da subcontratação e da terceirização, enquanto o capital prossegue seu percurso de acumulação. E, cumpre reparar que está dentro da mesma lógica a proposição teórica que vislumbra a aplicação do Direito do Trabalho a qualquer relação de trabalho, pois que assim deixa-se de centrar foco nas relações capitalistas por excelência.

Dentro desse contexto, para enfrentar o desafio de reconstruir a noção do Direito Social como elemento de superação plena do Direito Liberal, apresenta-se essencial, no presente momento, reforçar a lógica do Direito do Trabalho como instrumento de construção constante da justiça social e da elevação da condição social dos trabalhadores.

4.1. Conceito

origem do OT
com
com
segregação
burguesa
mon
separ
regra
ind
com a
continua
reconstr
princípios
político
A narração histórica apresentada pode ter parecido excessivamente longa, mas é do tamanho da importância da construção histórica do Direito do Trabalho, e serve para demonstrar que este ramo do Direito é muito mais que o mero efeito de uma intervenção de um Estado paternalista, conferindo alguns retornos econômicos aos trabalhadores, em sua relação com os empregadores, ambos considerados como entidades isoladas do todo social, intervenção esta que estaria ultrapassada em face da “modernidade” das relações de trabalho e por conta da necessidade de desonerar as empresas para que possam se inserir no mercado competitivo internacional (globalização).

Foi suficiente (e necessária), também, para afastar a ideia de que o Direito do Trabalho se trata de um Direito a serviço do propósito burguês de criar uma estratégia para conter a ação revolucionária dos trabalhadores.

Conforme acentua Grijalbo Fernandes Coutinho

É inegável que o Direito do Trabalho, num primeiro momento, foi admitido pela burguesia como medida capaz de frear o movimento emancipatório do proletariado, conduzido pela revolução socialista apregoada por Marx, cujo movimento ganhou força na expressão do sentido figurado de oferecer à classe dominante os anéis para se preservar os dedos. Por outro lado, não se pode afirmar que o Direito do Trabalho seja contra a emancipação do proletariado (...), em qualquer movimento reivindicatório de trabalhadores haverá sempre uma pauta ligada às condições dignas de trabalho.⁽¹³⁵⁾

(135) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009, p. 28.

Como demonstrado, o Direito do Trabalho foi até mais que isso. De fato a influência da concepção estritamente burguesa, como forma de preservação de seu poder frente às ações revolucionárias dos trabalhadores, está ligada à origem da legislação trabalhista produzida em meados e final do século XIX, atingindo, até mesmo, em certa medida, mas já um tanto quanto abalada, o início do século XX, quando o tratamento teórico dessa legislação no âmbito do Direito foi lhe dando outro sentido, primeiramente de natureza humanista até atingir o caráter de imperativo necessário à reconstrução da humanidade no período pós-guerra.

A farta documentação apresentada, que se refere ao período que vem desde a formação do capitalismo no século XVIII, deixa claro que o Direito do Trabalho, entendido como a construção teórica que se desenvolveu a partir da Legislação trabalhista e o seu confronto com a realidade social, é o instrumento — difundido a partir do início do século XX — de conformação do modelo econômico capitalista, buscando a preservação da paz mundial e da dignidade humana, tendo como pressuposto necessário a crítica ao modelo capitalista de produção e seu efeito alienante para o trabalhador e, conforme hoje se reconhece, para toda a sociedade.

Não se podem, ademais, apagar da história as inúmeras lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, das quais muitas das leis trabalhistas, mesmo no Estado Liberal, tiveram sua origem mais direta. Neste sentido, há, por certo, nas leis trabalhistas um aspecto de conquista, que persiste no momento da construção teórica do Direito, reforçando a importância da organização coletiva dos trabalhadores (o seu sentimento de classe), mas que não é suficiente para extrair a avaliação crítica de que não será pela mera existência de um direito capitalista, cuja função seja limitada à “minimização” dos males da superexploração do trabalho humano, que se poderá alcançar a emancipação da classe trabalhadora ou, no mínimo, a humanização do capitalismo.

É de extrema relevância a discussão em torno da possibilidade concreta do Direito do Trabalho cumprir esse papel, diante das enormes restrições que sofre na sua atuação prática, nos diversos países, por influência política do capital, ainda mais no presente momento em que o sindicalismo se mostra francamente enfraquecido. A resistência aos avanços do Direito do Trabalho, dentro dessa perspectiva, transforma-se mesmo em ataque. Esse ataque é favorecido, sobretudo, pela falta de compreensão do que efetivamente representa o Direito do Trabalho. Em verdade, o avanço do neoliberalismo, que se mostrou bastante eficiente nos países periféricos por conta da agenda política imposta pelos Estados Unidos em razão dos compromissos assumidos junto ao Banco Mundial para renegociação da dívida externa, dificultou, mas não impediu, uma devida difusão da relevância do Direito do Trabalho.

De fato, como se pode verificar, o Direito do Trabalho, integrado ao conceito mais amplo do Direito Social, é um direito em constante evolução e, por isso mesmo, ainda em formação, pois que seu princípio fundamental é a busca da melhoria progressiva da condição social e humana do trabalhador. Essa característica do Direito do Trabalho é essencial à concretização do seu papel visto que o capitalismo é dinâmico e desenvolve, com rapidez cada vez mais intensa, novas formas de organização e de exploração do trabalhador.

A consciência, que se buscou consolidar na humanidade, advinda dos efeitos de duas guerras mundiais, não foi suficiente, pelas razões demonstradas, para que se consolidasse uma nova racionalidade na esfera jurídica, atribuindo-se, de forma clara, ao Direito um papel transformador da realidade. Até a década de 1960, a influência norte-americana no mundo inviabilizou a difusão plena do papel da concepção do Direito Social. Da década de 1970 em diante, assiste-se a um processo complexo de ataques diretos ao Direito Social contrapostos por uma tomada de posição, cada vez maior e mais evidente, em favor da relevância do Direito Social para a humanidade.

As inúmeras Declarações internacionais são a mais nítida demonstração da busca da consagração dessa nova racionalidade, obstada pela difusão de uma mentalidade naturalmente reacionária que se desenvolve na academia jurídica. Vale reparar que mesmo a teoria dos Direitos Humanos foi dominada por uma lógica liberal, que deixa a ideia social em segundo plano, ou mesmo em plano nenhum, já que conduzida ao caráter programático, ficando, portanto, dependente de planificações contingenciais de naturezas econômicas e políticas. Essa teoria, no entanto, está claramente em contraposição à intencionalidade constante dos Documentos referidos. Neste sentido, pode-se dizer, com Mário de La Cueva, que o Direito do Trabalho ainda é um Direito em construção. Bem verdade que o autor referido proferiu tal frase na década de 60, mas de lá pra cá o que se tem visto é a luta constante para a consagração dos postulados do Direito Social.

Assim, enquanto o discurso que tenta destruir as bases do Direito do Trabalho parte do argumento de uma certa "velhice" desse ramo do Direito, o que se verifica, em concreto, primeiro, é a extrema juventude do Direito do Trabalho, que ainda procura se afirmar, e, segundo, a crescente tomada de consciência em torno da importância do Direito Social, refletindo, por óbvio, no Direito do Trabalho, que o torna extremamente oportuno, sobretudo diante da recente crise econômica vivenciada em 2008.

Como foi possível verificar, ainda que com palavras distintas, os diversos autores que contribuíram, historicamente, para a formação de um Direito do Trabalho, destacaram a natureza social desse ramo jurídico e a centralidade do ser humano, como forma de regramento do capitalismo, com vistas à produção da justiça social e à preservação da dignidade humana.

Pode-se, assim, de forma coerente com a investigação histórica apresentada, chegar-se ao conceito do Direito do Trabalho como sendo o ramo do Direito (Social) composto de normas dinâmicas, extraídas de regras e princípios historicamente instituídos, que, integrado ao patrimônio jurídico da classe trabalhadora e direcionado pelo Estado (Social), organiza o modelo de produção capitalista, regulando as relações de emprego, consideradas pelo aspecto da exploração do capital sobre o trabalho, numa perspectiva nacional e internacional, com vistas a limitar os interesses estritamente econômicos para preservar a paz mundial e construir a justiça social por meio da instrumentalização da melhoria progressiva das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, legitimando a atuação política destes, promovendo a

solidariedade, impulsionando a democracia e proporcionando a distribuição da riqueza produzida, além de favorecer o exercício da ética e o desenvolvimento da racionalidade necessária para a preservação e a elevação da condição humana (dignidade humana).

Mas, de uma forma mais reveladora, deve-se conceber o Direito do Trabalho como o instrumento jurídico que incentiva o desenvolvimento de práticas emancipatórias a partir de um equacionamento crítico da realidade, pondo em questão a relação do homem com o trabalho no contexto da sociedade capitalista.

Ou, em sua fórmula mais resumida, o Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.

É neste sentido, aliás, que o Direito do Trabalho, tal qual o Direito Social, depende da vivência concreta da democracia política para que as pessoas excluídas do sistema econômico, ou incluídas numa lógica de exploração, possam se organizar para questionar, criticamente, a realidade, expondo publicamente os seus problemas, e reivindicando as soluções necessárias. É assim, por conseguinte, que os movimentos sociais são acolhidos pelo Direito de forma a tornar juridicamente válida e, portanto, legítima, a sua manifestação e o seu inconformismo diante da injustiça identificada, sendo, portanto, um método apenas do Direito Liberal, já superado, a “criminalização” dos movimentos sociais.

O Direito Social, portanto, confere valor jurídico ao “grito dos excluídos” ou para utilizar expressão de Anníbal Fernandes, o Direito Social apresenta-se como um “guia dos aflitos”. Segundo esclarece Juarez Mercante⁽¹³⁶⁾, o capitalismo,

apesar de criar grandes benefícios para alguns, não tem sido capaz de aplacar o aumento das desigualdades sociais, da pobreza, da miséria e da exclusão social em todo o mundo. Segundo esse modelo, existem indivíduos sem qualquer função produtiva para o mercado, já que perderam seu valor como trabalhadores e consumidores e, como tal, não possuem qualquer importância: são os estigmatizados (negros, índios, imigrantes), os brutalizados (prostitutas, drogados, ex-presidiários), os ineficientes (enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos), os problemáticos (sem-teto, sem-terra, vendedores informais) e os encarceráveis (menores infratores, assaltantes de rua). Tais pessoas são simplesmente ignoradas pelos fluxos de riqueza e de informação e, em última análise, privadas da infraestrutura tecnológica básica que nos permite comunicar, inovar, produzir, consumir e, até mesmo, viver no mundo de hoje.

É certo que o Direito do Trabalho, visto na forma de sua atuação restrita, parece até contrariar a lógica do Direito Social, vez que cuida, exatamente, dos “incluídos”, aqueles que são trabalhadores e ao mesmo tempo consumidores. Mas, o faz de forma

(136) MERCANTE, Juarez. O direito penal como gestor último da exclusão social. In Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 7, n. 26, jan./mar.-2008, p.123-124.

a inibir que essa inclusão se dê à custa da própria condição humana, que se apresenta, evidente, nos processos de alienação pela fantasia da inclusão efetiva. Ademais, a lógica que abarca os "incluídos" é a mesma que abrange os "excluídos". O modelo de produção cria uns e outros e até lhes altera a posição, sem nenhuma razão suficiente, a não ser a de gerar insegurança aos que, em dado momento, ostentam a condição de "incluídos", facilitando o processo de alienação e submissão.

É por isso, aliás, que o Direito do Trabalho, mesmo que sua percepção extrapole o campo das relações de emprego por ingerência do todo em que se insere, que é o todo do Direito Social, não pode perder o foco no que tange à sua inserção imediata nas relações de emprego, pois, do contrário, tenderá a diminuir a proteção jurídica dos "incluídos", sob o argumento de buscar a ampliação da proteção dos "excluídos", já que o método proposto prioriza aqueles que, na sociedade, ostentam uma posição inferiorizada, fazendo transparecer que o conflito entre ambos seja o autêntico conflito da sociedade capitalista, como, ademais, a ideologia da competência tenta fazer crer. E o problema nem tanto é este, mas o de reduzir a importância do método de proteção do trabalhador em face do capital, dificultando o pleno exercício da racionalidade necessariamente crítica do capitalismo, além, é claro, de minimizar a própria relevância do método do Direito Social, vez que, como demonstrado, presentemente, é sobretudo das práticas emancipatórias dos trabalhadores que se irradiam os valores verdadeiramente sociais para as demais relações sociais.

Sem essa visão do Direito do Trabalho, como instrumento da luta dos trabalhadores por melhor condição social, que pressupõe a crítica constante e evolutiva do modelo de produção, descola-se a discussão para o conflito entre empregados e desempregados, legitimando-se o argumento de que os direitos dos empregados constituem privilégios que causam a situação de desgraça dos desempregados.

De todo modo, é essencial deixar em evidência a inserção do Direito do Trabalho no contexto do Direito Social, para que não tenha sua significação reduzida à consideração de se tratar de um retorno econômico do trabalho prestado, servindo, por consequência, ao contexto individualizado de trabalhadores — "incluídos" — que pretendem meramente uma melhora localizada de suas condições pessoais e que alimentam, assim, pela consideração de sua competência, a lógica capitalista da exclusão, dificultando a própria tarefa do Direito Social.

O Direito do Trabalho, por isso, busca uma valoração coletiva da classe trabalhadora, pondo em evidência, por conseguinte, o espírito de solidariedade, que permite organização e reforço do sentimento de classe, a qual deve abarcar os interesses não apenas dos trabalhadores "incluídos" como também dos trabalhadores "excluídos", além de assumir como próprias todas as reivindicações emancipatórias, que buscam eliminar as misérias econômicas e culturais e as discriminações de toda espécie. Conforme ensina Marcus Orione Gonçalves Correia, "para se chegar à liberdade do trabalhador, não sob a perspectiva liberal, é indispensável que o Direito consolide os espaços de solidariedade para este mesmo trabalhador"⁽¹³⁷⁾.

(137) CORREIA, *op. cit.*, p. 30.

É neste sentido, ademais, como veremos adiante, que se estabeleceu o princípio da melhoria da condição social, não se falando meramente de melhoria da condição econômica, que, por certo, é também importante. A melhoria da condição social só se dá no contexto da melhoria da sociedade como um todo, favorecida pelas ações solidárias, pelas práticas emancipatórias, pela crítica sistêmica e pelo exercício democrático. É neste sentido que o Direito do Trabalho não pode pretender apenas conferir os direitos já aceitos como tais pela ordem posta. Deve visualizar uma interpretação evolutiva e criativa desses direitos, para solução dos problemas identificados e, sobretudo, legitimar a luta pelo Direito.

São todos esses questionamentos, aliás, que transformam o Direito do Trabalho em uma fonte de irradiação da racionalidade do Direito Social para os demais ramos do Direito, possibilitando que o Direito Social atinja todas as relações humanas, que se percebem, por efeito, integradas ao contexto da sociedade capitalista. É neste sentido que o Direito do Trabalho deve ser constantemente crítico de si mesmo.

O Direito do Trabalho, concebido como tal, impõe desafios constantes aos juristas, sobretudo diante da agilidade dos arranjos econômicos em nível mundial.

Os entraves econômicos, nesta perspectiva, que sempre existiram ao longo da histórica do capitalismo, não constituem obstáculos à função do Direito do Trabalho, vez que fazem parte de sua própria trajetória. Nunca é demais lembrar que o Direito do Trabalho teve sua relevância assumida exatamente nos períodos das maiores crises do capitalismo.

A visualização do Direito do Trabalho nos termos desenvolvidos ao longo de décadas é fruto de uma evolução dialética, ou mesmo antropofágica, dos vários momentos históricos, em que os aspectos construtivos vão se somando para a elevação da consciência humana.

Das diversas realidades vividas em cada tempo restaram avanços importantes, para que se possa acreditar na evolução da condição humana, sendo de suma importância neste percurso as análises críticas, que possam traduzir os equívocos das sociedades nas quais há a concentração de poder econômico, ao qual se aliam as forças políticas e nas quais se produzem ódios sociais, advindos da percepção da injustiça, e conflitos intermináveis, nos quais nenhuma razão é respeitada.

É neste sentido, por exemplo, que assumem grande relevância as conquistas da liberdade de expressão e da democracia. Como se sabe, a democracia, mal construída, pode trazer vários problemas, mas é apenas nela que esses problemas podem ser, publicamente, discutidos.

Essa evolução, como dito, é fruto do acúmulo das experiências históricas. Da era liberal extraem-se vários valores importantes como: a razão, a criatividade, a evolução tecnológica, a inventividade, a organização produtiva, a luta pela liberdade e pela igualdade em face da nobreza. Dos movimentos dos trabalhadores restaram: a solidariedade, a capacidade de organização social, e a luta pela justiça e pela democracia, além de conferir um sentido real e mais amplo às ideias de liberdade e igualdade. Da era de aquários, restou o amor à vida e ao próximo, com a quebra de preconceitos e intolerâncias de todo gênero.

Esses valores, interligados dialeticamente, não apenas se somam, como também se reconstróem. É assim, por exemplo, que a liberdade, no contexto da necessidade da construção da justiça social, encontra os limites da organização social, que, ao mesmo tempo, não deve servir à eliminação da liberdade, mas para promovê-la em nível de igualdade. A igualdade, por sua vez, que eleva o homem burguês ao nobre, na contestação das décadas seguintes, serve à eliminação das diferenças impostas pelo regime burguês e mesmo pela sociedade industrial.

O que se busca é a construção de um homem evoluído, visualizado como uma entidade unidimensional e universal, que se constrói, constantemente, a partir da soma das alegrias, tristezas, sucessos, insucessos, êxtases e angústias de cada um. Mas, sem perder de vista, jamais, o contexto dos arranjos desenvolvidos pela sociedade do tipo capitalista, que precisa, por isso, ser compreendida e avaliada criticamente. É interessante perceber que embora o capitalismo esteja presente em nossa vida, como já manifestado neste texto, muitas vezes é deixado de fora das análises, como se chama-lo à discussão fosse, por si só, a afirmação de uma profissão de fé ideológica. O resultado, no entanto, é o caráter limitado das formulações teóricas, que não conseguem, por conseguinte, interagir com a realidade. Esse efeito na esfera do Direito é extremamente grave, pois, afinal, o que é o Direito senão um instrumento de conformação da realidade social?

Qualquer instituição, voltada para o homem, deve respeitar esses pressupostos teóricos. Não seria diferente, por óbvio, com o Direito do Trabalho.

4.2. Natureza Jurídica

Como dito, não visualizando a efetiva transformação na raiz do Direito, a doutrina não só manteve a discussão em torno da divisão do Direito em direito público e privado, como chegou mesmo a criar uma classificação um tanto quanto confusa, fazendo menção, ao lado do direito público e do direito privado, a um Direito Social, para nele incluir o Direito do Trabalho, isto quando não propôs, de forma ainda mais equivocada, com repercussão muito negativa na compreensão do Direito do Trabalho e na eficácia de suas normas, a integração desse ramo do Direito ao direito privado⁽¹³⁸⁾.

Ora, a própria razão de ser da criação do Direito do Trabalho, buscando afastá-lo das concepções civilistas, que foram, indevidamente, mantidas mesmo sob a égide do Direito Social, inibe, por completo, a consideração de que o Direito do Trabalho seja um ramo do direito privado, o qual, ademais, como demonstrado, sequer se mantém atrelado à concepção liberal clássica.

O fato é que, como visto, o método do Direito Social supera essa dicotomia, não tendo, portanto, sentido a abordagem acerca da natureza jurídica do ramo jurídico.

(138) Vide, por todos, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 117-9.

de todo modo, se alguma utilidade se possa ver nesta identificação, o Direito do Trabalho seria, necessariamente, incluso no quadrante do direito público⁽¹³⁹⁾.

4.1. Princípios

Conforme posição largamente assumida pela doutrina, os princípios são proposições valorativas dotadas de força normativa, que norteiam todo o ordenamento jurídico, orientando a criação e a interpretação das normas, e atuando no processo de integração das lacunas.

Declara Miguel Reale que os princípios

são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis⁽¹⁴⁰⁾.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso.⁽¹⁴¹⁾

Arnaldo Süssekind, apoiado nas lições de Alfredo Ruprecht, lembra que os princípios:

1) têm o caráter de preceitos jurídicos que podem ser aplicados por autoridade judicial; 2) têm caráter normativo, pois se aplicam a situações de fato e de direito; 3) são eles os preceitos que sustentam e tipificam o Direito do Trabalho; 4) orientam a interpretação da lei e solucionam situações de dúvida ou não previstas; 5) dão unidade e confiança à disciplina.⁽¹⁴²⁾

Deixando de lado uma longa narração doutrinária que se poderia fazer sobre os princípios, que passaria, necessariamente, pelo destaque dado pela teoria pós-positivista ao caráter normativo dos princípios, ora assumido não em nome da teoria em questão, mas por conta de uma constatação histórica, qual seja, a da inscrição, desde o fim da Primeira Guerra, de enunciações principiológicas em Documentos que se incorporaram ao Direito, pretendo limitar esta abordagem a um aspecto altamente relevante na construção da presente teoria: como se chega ao enunciado de um princípio jurídico.

⁽¹³⁹⁾ Essa questão foi mais bem desenvolvida no Volume II deste Curso, p. 27-40.

⁽¹⁴⁰⁾ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 299.

⁽¹⁴¹⁾ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 230.

⁽¹⁴²⁾ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; VIANNA, Segadas TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. Vol. I. São Paulo: LTr, 2003, p. 142.

Pois bem, partindo do pressuposto, fixado por François Ewald, de que o Direito é o resultado de uma acumulação de experiências fático-teóricas havidas ao longo dos tempos, que lhe permite concluir que "se temos um direito é porque temos uma história"⁽¹⁴³⁾, e que, portanto, os princípios representam "uma maneira de o direito se ligar a si próprio, de preservar a sua identidade, não deixando de acolher a mudança"⁽¹⁴⁴⁾, ao mesmo tempo que conferem uma possibilidade concreta de o Direito almejar a justiça, buscando afastar a ideia de que qualquer conteúdo, ainda que injusto, possa lhe ser integrado, é forçoso reconhecer que toda a narração histórica apresentada, que põs em destaque as razões de seu surgimento, representa a fonte material para a enunciação dos princípios do Direito do Trabalho, que devem ser respeitados como forma de conferir um sentido evolutivo à própria condição humana.

Explico-me por um exemplo: outro dia estava em casa ouvindo música com meus filhos e entoávamos juntos (de forma integrada) uma dessas músicas que tocam repetidas vezes nas emissoras de rádio. Mas, na sequência, quando trocamos a sintonia, tocou uma música de uma banda bastante antiga, Bread, e eles me indagaram: que porcaria é esta? Eu, com espanto, disse: mas como vocês não conhecem essa música? Nada, eles não conheciam. Aquela música que fazia parte da minha vida, que me ligava ao meu passado, que me ligava a mim mesmo (aos sentimentos mais puros — e não tão puros — da minha adolescência) não lhes dizia nada. Eram plenamente insignificantes para eles os acordes de "IF"...

Pois bem, com relação à música, a sua significação faz parte das experiências pessoais de cada um, embora, por certo, tenha uma representação cultural relevante. No entanto, com relação à entidade humanidade, as individualidades são desprezadas. A evolução da humanidade é a evolução do ser humano. Quando falamos do ser humano, não falamos de um homem ou mulher especificamente. Falamos de um ente (despessoificado), que é eterno, que vem desde a Antiguidade e que vai prosseguir depois de nossa era...

Identificamos este ser na complexidade dos contextos sociais de cada época, verificando sua evolução. É assim que o compreendemos no passado, o reconhecemos no presente, e o visualizamos no futuro. Essa avaliação nos permite compreender os valores que a humanidade vai adquirindo, que traduzimos por princípios.

A música "IF" não tem a mesma significação para mim e para meus filhos, mas os princípios que se estabelecem historicamente pela convivência humana, adquiridos às vezes ao custo de muitas vidas, não só nos unem como espécies do gênero humano, como também nos ligam com a entidade histórica da humanidade, tornando-nos responsáveis tanto pelo reconhecimento dos esforços do passado, preservando, evolutivamente, nas relações presentes, os valores adquiridos, quanto pela construção do futuro.

(143) EWALD, François. Foucault, a norma e o direito. Tradução: Antônio Fernando Cascais. Labor

importante destacar que não se está falando de uma história ideologicamente construída a partir da leitura clássica do olhar dos vencedores. Como adverte Marilena Chauí, "Porque a ideologia não tem história, mas fabrica histórias imaginárias que nada mais são do que uma forma de legitimar a dominação da classe dominante, compreende-se por que a história ideológica (aquela que aprendemos na escola e nos livros) seja sempre uma história narrada do ponto de vista do vencedor ou dos poderosos." (143) "Não é assim, por exemplo — diz ela — que os estudantes negros ficam sabendo que a Abolição foi um feito da Princesa Isabel?" (146)

No caso do Direito do Trabalho esse esforço do teórico, para compreender de onde vêm os princípios, nem é tão grande, visto que os Documentos internacionais tratam logo de enunciar tais princípios. Lembre-se, em especial, das prescrições contidas no Tratado de Versalhes, de 1919.

- 1) o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio, mas como colaboração livre e eficaz na produção das riquezas;
- 2) o direito de associação, desde que os seus fins ou objetivos não sejam contrários às leis, deve ser assegurado tanto para os empregados como para os empregadores;
- 3) o pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida sem maiores preocupações e de acordo com o tempo e a condição do seu país;
- 4) a adoção da jornada de 08 horas ou da semana de quarenta e oito horas;
- 5) a instituição de um descanso semanal de 24 horas, no mínimo, e que deverá ser, sempre que possível, no domingo;
- 6) a supressão do trabalho dos menores e a obrigação de aplicar ao trabalho dos jovens dos dois sexos as limitações necessária para permitir-lhes continuar a sua educação e assegurar o seu desenvolvimento físico;
- 7) o princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para o trabalho de igual valor;
- 8) as regras que, em cada país, se adotem em relação às condições do trabalho, deverão assegurar um tratamento econômico equitativo a todos os trabalhadores que legalmente residam no mesmo país;
- 9) cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção, dele participando as mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos de proteção aos trabalhadores.

Como se viu no relato histórico, a declaração contida no Tratado de Versalhes reforçou a linha teórica que já se produzia em torno da legislação trabalhista e que depois, ao se desenvolver, vai chegar à elucidação das funções do Direito do Trabalho, traduzidas, juridicamente, como seus princípios, a saber:

- a) limitar a liberdade em nome da promoção da igualdade;
- b) buscar a melhoria da condição social (de vida e de trabalho) dos trabalhadores;
- c) elevar a condição humana dos trabalhadores;
- d) democratizar as relações de trabalho;
- e) promover a solidariedade;

- f) possibilitar a organização coletiva dos trabalhadores;
- g) instrumentalizar a luta dos trabalhadores por direitos;
- i) internacionalizar os valores de proteção jurídica dos trabalhadores.

Esses princípios do Direito do Trabalho inserem-se no contexto mais amplo do Direito Social, cujos princípios, que partem do necessário pressuposto do reconhecimento crítico da sociedade capitalista, são:

- a) organizar, por meio do Direito e do Estado, o modo de produção capitalista;
- b) superar os valores liberais em prol da construção da justiça social;
- c) quebrar o individualismo e o empreendedorismo egoístas, submetendo-os a um projeto de sociedade solidária;
- d) construir a justiça social por meio de políticas de distribuição da riqueza produzida e, em especial, pelo estabelecimento de uma função social à propriedade;
- e) erradicar a pobreza e reduzir progressivamente as desigualdades entre as classes sociais, até a completa eliminação da divisão;
- f) efetivar a igualdade entre os homens, sem qualquer tipo de discriminação ou preconceito;
- g) garantir a liberdade no contexto da igualdade plena;
- h) possibilitar a democracia política;
- i) resgatar e preservar a dignidade humana;
- j) enunciar, evolutivamente, e promover o valor social do trabalho e as prestações integrais da Seguridade Social;
- l) manter uma posição crítica de si mesmo.

Vê-se, portanto, que a normatização trabalhista e a identificação de seus princípios, buscando, essencialmente, a proteção da pessoa humana do trabalhador e a sua integração e elevação social, nada têm a ver com manifestação de caráter ideológico. Aliás, chega a ser mesmo impressionante a acusação vazia que se faz de ser ideológica, uma espécie de pregação comunista ou, no mínimo, sonhadora, a afirmação de que o Direito do Trabalho deve cumprir a função *supra*, propondo, por efeito, uma assertiva em direção contrária, no aspecto de que o Direito do Trabalho deve ceder espaço aos interesses econômicos, mas apoiando-se, para tanto, na ideia de inexorabilidade, que nega a essência da condição humana incentivada pelo próprio liberalismo, o domínio do homem sobre a natureza, e que, pela aparência criada, não precisa de qualquer explicação histórico-científica.

A função destacada do Direito do Trabalho trata-se da consequente evolução da compreensão do homem acerca de seus problemas no contexto da sociedade capitalista.

Como dito, expressamente, na Declaração Universal de 1948, trata-se do dever que a todo homem se atribui de usar a razão (a sua inteligência) para resolver os problemas sociais, visando a uma ação concreta no sentido da solidariedade.

Os princípios enunciados foram, ademais, inseridos nas Constituições de vários países e em diversos Documentos internacionais, como demonstrado, tendo a significação do compromisso assumido pela humanidade — essa entidade atemporal — com a implementação e a satisfação da justiça social, sendo o Estado o sujeito ativo da promoção desse valor e ao mesmo tempo o sujeito passivo em face do qual o cidadão pode exigir seus direitos, com reflexos jurídicos em todas as relações sociais. Juridica e politicamente, o Estado deixa de ser mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se, por ingerência do Direito, em Estado Social.

Merece destaque, a propósito, uma passagem do preâmbulo da Constituição da OIT na qual se afirma: "...o crescimento econômico é essencial, mas ele não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, e isto confirma a necessidade da OIT de promover políticas sociais sólidas, a justiça e as instituições democráticas".

Mas, é de suma importância que se compreenda que esses princípios não são apenas preceitos morais que se põem em quadros para decorar paredes. É essencial que sejam efetivados, pois, do contrário, não terá a humanidade, de fato, deixado a era medieval, ainda que tenha trocado o seu Deus. Assim como o homem (nobre) medieval transformou Deus em argumento de "legitimação" de seu poder, uma negação concreta da eficácia dos princípios representa transformar a ciência em uma proposição de futurologia, uma espécie de Deus contemplativo que não visualiza a realidade presente, legitimando as injustiças que estão instaladas na sociedade. E, para manter a coerência interna da "ciência" jurídica, os princípios, que não devem interferir na realidade, são reinterpretados à luz desta. Passam a ser uma estratégia para o Direito se autoproclamar justo, ao mesmo tempo em que legitima as injustiças concretamente existentes, pois a justiça prevista nos princípios dependeria, segundo a "ciência" em questão, de condições ideais, que se admite, como regra, poder não existir no momento da aplicação do Direito.

A doutrina "salva" os princípios, interpretando-os em conformidade com a realidade injusta. Mas, os princípios, no mínimo, são valores construídos historicamente para nos pôr à prova, isto é, para que possamos refletir o nosso poder de compreensão do mundo e o nosso compromisso de interagir com ele.

Atribuir ao Direito o papel regulador e transformador da sociedade no sentido da busca da justiça social e, em concreto, negar-lhe a eficácia necessária para cumprir a dita função, representa não apenas um desprezo à teoria criada, uma forma, portanto, de negação da capacidade de racionalização, que joga por terra toda tradição filosófica, mesmo de índole liberal, produzida desde o século XV, mas, sobretudo, uma das formas mais perversas da conduta humana: a traição.

É neste sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello preconiza que:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico

mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁽¹⁴⁷⁾

E, também, como adverte Humberto Ávila

...os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar e comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.⁽¹⁴⁸⁾

O que se está dizendo é que os princípios estabelecem um método para o Direito que, de forma concreta, fixam o modo pelo qual os problemas sociais devem ser equacionados, buscando-se nas regras positivadas os efeitos necessários.

Sabendo-se, como adverte Marcio Túlio Viana, que "Quem se propõe a interpretar a norma não sai à procura dos métodos científicos que lhe ensinaram na escola, na esperança de que estes lhe deem um resultado ainda desconhecido. Seu movimento, quase sempre, é inverso. Intui (e quer) primeiro o resultado, e depois o justifica. Mesmo que tente primeiro seguir aqueles métodos, muitas vezes os verá em choque, e acabará privilegiando aquele que melhor corresponder ao seu modo de ver o mundo, à sua maneira de sentir a vida"⁽¹⁴⁹⁾, a importância do método é limitar a subjetividade em matéria de Direito Social, exigindo-se do intérprete uma fundamentação que respeite os postulados historicamente fixados pelo estudo jurídico.

Os valores, afinal, não estão nas regras. Como dito por Humberto Ávila, "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos."⁽¹⁵⁰⁾

Neste sentido, a valoração do fato, buscando-lhe um resultado necessário, não se faz a partir das regras positivadas, mas por uma compreensão história que transcende o estritamente jurídico e que fornece a possibilidade concreta de o aplicador do Direito

(147) BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, Curso de direito administrativo..., p. 889.

(148) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 80.

(149) VIANA, *op. cit.*, O novo..., p. 32.

(150) ÁVILA, *op. cit.*, Teoria dos princípios..., p. 30.

na realidade. Os princípios jurídicos constituem, ao mesmo tempo, um guia para essa interação com a sociedade e o argumento juridicamente válido e, portanto, necessário, para se atribuir o resultado ao fato analisado.

Embora o aplicador recrie o Direito em cada ato de interpretação, não havendo interpretação que não o obrigue a uma valoração⁽¹³¹⁾, os princípios, dada a sua significação histórica, exigem do intérprete um diálogo com a própria sociedade. Os princípios projetam o Direito para a sua razão social, não sendo, por isso, os valores, pretensamente abstratos, que se extraem, *a posteriori*, como se diz, do conjunto de regras, para o fim de lhe conferir uma lógica, constituindo, assim, um sistema normativo. O Direito não é lógica, é acúmulo das experiências históricas vividas pela sociedade e que são refletidas em regras jurídicas. Neste sentido, cumpre destacar a advertência de François Ewald, a partir da obra de Foucault, *Vigiar e Punir*, no sentido de que o Direito não é a lei e ainda mais essa separação se impõe quando se constata que "a vontade do legislador desvela-se como aquilo que já não pode ser mais do que a expressão da dominação temporária de uma maioria".⁽¹³²⁾

É assim que os princípios, necessariamente, conduzem o raciocínio jurídico, prevalecendo, no caso do Direito Social, a racionalidade imperativa que propõe uma superação dos valores liberais desenvolvidos a serviço do capitalismo, o qual não se trata de uma entidade, mas do modo como o capital se relaciona com o trabalho, buscando extrair deste a reprodução da riqueza. Essa função conferida ao Direito Social não é fruto, propriamente, de uma objeção apaixonada ao capitalismo, seja porque se pauta pela defesa do Direito Social e este serve ao capitalismo, seja porque não se pode limitar a capacidade do raciocínio humano aos contornos de uma linguagem binária, dicotômica, maniqueísta, que faz com que só se considere válido o argumento que se encaixe no lado adotado como pressupostamente correto.

Não se trata de acolher o capitalismo ou de atacá-lo para o efeito de propiciar uma defesa do socialismo. Trata-se, isto sim, de pôr em destaque a necessidade metodológica de constatar as dificuldades criadas para o ser humano no modo de vida capitalista, sobretudo no que se refere à classe trabalhadora, com implicações também para todos os demais seres humanos, já que inseridos no mesmo contexto do modo de produção, sendo esta constatação o pressuposto necessário da utilização do Direito como instrumento de transformação social.

Na abordagem restrita, estabelecida a partir do fenômeno jurídico, há, portanto, a necessidade de uma avaliação crítica do capitalismo, para que o Direito Social possa cumprir uma função útil à sociedade, do contrário constituirá apenas mais uma figura de retórica.

É evidente que se devem pôr em questão as limitações do Direito Social para construir, efetivamente, um capitalismo que se possa considerar, completamente,

(131) Apud BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Matará Versiani. Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

humano, já que a desumanização do homem, o processo de estranhamento¹⁵³, lhe é característico, fazendo até mesmo que o homem reproduza os valores do capital, representado pela coisificação do trabalho, como se fossem os seus próprios valores, ou seja, insitos à sua individualidade. Mas, essa discussão não inviabiliza o imperativo das iniciativas de se corrigirem, emergencialmente, as injustiças constatadas na realidade social, sendo o Direito Social o argumento lógico necessário para que sejam identificadas enquanto tais, pois o argumento do Direito é sempre um argumento de justiça e, ademais, é dotado de poder. Em outras palavras, o Direito confere um sentido concreto à justiça e se o Direito se constrói com os postulados da justiça social a sua identificação no sentido distributivo se torna bem mais palpável, conferindo as bases materiais da luta pelo Direito e, consequentemente, para a transformação da sociedade, mas não uma transformação de um lugar para outro, mantendo-se inalteradas as bases relacionais do capitalismo. As transformações não podem ser meramente pontuais, sem inserção contextual.

É neste contexto que se impõe a perspectiva da progressividade, que carrega consigo, a cláusula do não retrocesso. Sem a conceituação de que o Direito está sempre em construção, que a conquista de um direito não representa o final da caminhada, corre-se o risco de que o Direito de uma conquista se transforme em padrão legítimo da exploração. Sobressai neste aspecto, também, o perigo de se atrair para a análise do Direito a perspectiva das situações individualizadas a partir da lógica do mal menor, que gera a legitimação de uma situação injusta sob o argumento de que poderia ser pior, deixando de fora a crítica à integralidade da situação que abarca a ambas.

É por isso que, como efeito do princípio da melhoria da condição social do trabalhador, as normas trabalhistas são entendidas como normas de caráter mínimo, ou seja, constituem o mínimo que se possa conferir ao trabalhador, mas tendendo a uma necessária evolução. É natural ao Direito do Trabalho, portanto, não conceber como completa e eternamente justa uma exploração do trabalho no contexto da sociedade capitalista, pois que sua visualização da realidade é sempre questionadora, crítica e propositiva. Neste sentido é que se deve denunciar o caráter neoliberal da pauta do denominado "trabalho decente da OIT", que embora proponha melhoria nas relações de trabalho periféricas, deixa fora do questionamento o próprio modelo capitalista, considerando-o legítimo pelo simples fato de proporcionar um trabalho decente, qual seja, "um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna". A pauta, portanto, surgida em 1999, no curso do império da estratégia neoliberal, estabelece o método que põe em confronto o trabalho considerado decente e o trabalho forçado, que expõe o trabalhador a uma situação degradante, explicada como superexploração. O equacionamento é apenas o da passagem de uma situação para outra, o que proporciona, portanto, um argumento de legitimidade da exploração capitalista, sem

153) Sobre a figura do homem estranho, vide os Manuscritos...

...amento do quanto mesmo o trabalhador "adequadamente remunerado" —
...a a que venha a ser isso — é alienado e transformado em mercadoria descartável
...proporcionado, portanto, contraria a própria base principiológica do Direito
...trabalho, que é necessariamente dinâmica e não estática, e que se baseia na
...constante do capitalismo em face do seu poder de alienação do homem pela
...da sua separação do produto de seu trabalho.

Não se pode, portanto, ser envolvido pela armadilha metodológica da pauta
...liberal da OIT acerca do trabalho decente, ainda que, pontualmente, apresente
...condizentes com a função do Direito do Trabalho — sendo, nestes aspectos,
...importante. O fato é que, em concreto, o aplicador do Direito do Trabalho não pode
...parâmetro da crítica sistêmica ao modo de produção capitalista, tendo como
...o olhar que se volta às dificuldades da classe trabalhadora, propiciando todos os
...necessários, em abordagem histórica e evolutiva, para que o resgate da
...humana dos trabalhadores seja verdadeiramente efetivado.

Isso não é retórica. A experiência prática do Direito do Trabalho tem
...demonstrado que, mesmo sob pressão dos interesses econômicos que buscam lhe
...retrocessos — e às vezes até conseguem —, têm sido produzidos, na esfera
...trabalhista, renovados questionamentos acerca das relações de trabalho, favorecendo,
...a evolução — ainda que, em alguns aspectos, isso se dê de forma tímida —
...a proteção jurídica dos trabalhadores.

Vide, como exemplo desse avanço, embora ainda tímido, a questão pertinente
...denominado dano "moral", ou, mais precisamente, o dano pessoal, conforme
...expressão corretamente utilizada por Paulo Eduardo Vieira de Oliveira⁽¹³⁴⁾. Cumpre
...perceber que o que há de novo nesse tema, no Direito do Trabalho, não é,
...propriamente, o advento de uma legislação sobre o tema, mas a evolução da
...nacionalidade utilizada para avaliação da realidade. Durante muito tempo negou-se
...ao trabalhador, em razão do pressuposto jurídico da subordinação — mal
...compreendida —, a existência de direitos de personalidade a serem exercidos perante
...o empregador. Em uma percepção evoluída, constatou-se o equívoco dessa
...consideração e se passou a tratar do tema nas relações de trabalho, tendo se tornado,
...presentemente, um tema crucial. Bem verdade que se tem verificado uma restrição
...quanto à abrangência do instituto, pela falta de uma perspectiva verdadeiramente
...repressora dos atos agressivos à condição humana. Mas, por incidência do princípio
...da progressão, estas limitações tenderão a desaparecer, pois, como a experiência
...demonstra, uma primeira visão sobre uma nova problematização trabalhista atrai,
...primeiro, resistência, em seguida, concordância e, na sequência, evolução...

Os exemplos neste sentido, ademais, são bastante amplos, merecendo destaque a
...recente decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão da lavra do
...Min. Mauricio Godinho Delgado (caso EMBRAER — RODC 309/2009-000-15-00.4), no
...qual se deu início, depois de muita resistência, ao estabelecimento de limites concretos
...ao poder do empregador de efetivar a cessação dos vínculos jurídicos de emprego.

Claro, no Brasil, muito ainda há de se percorrer neste caminho, como venho destacando há alguns anos, mas é tudo uma questão de tempo, visto que o processo histórico do Direito Social está em curso, como demonstrado. Conforme dito em artigo publicado em 2005⁽¹⁵⁵⁾,

Prenuncia-se, assim, um futuro bastante auspicioso da Justiça do Trabalho, também no que tange às relações de emprego, que terá como efeito:

a) a preservação do interesse público no reconhecimento da relação de emprego em relações de trabalho em que apenas se busca mascarar a exploração do capital sobre o trabalho. Esta nova Justiça, certamente, não se deixará impressionar pelas aparências enganosas dos ditos "novos paradigmas" do processo produtivo, pois sua vocação protecionista verá antes de tudo a necessidade da proteção do ser humano e não as "exigências do mercado". Ao cabo, declarará fraudulentas, reconhecendo a existência da relação de emprego (para a aplicação do modelo jurídico protetor do trabalho na sua potencialidade máxima e não parcialmente como se anuncia no que tange às relações parassubordinadas) nas hipóteses de mascaramento da exploração, tais como: cooperativas de trabalho; trabalhadores travestidos de pessoas jurídicas...

b) a necessária identificação da responsabilidade entre empresas nas produções realizadas com "cooperação" empresarial de forma horizontal, pois estas fórmulas muitas vezes se institucionalizam apenas para deixar o capital longe do trabalho, com o fim de dificultar a identificação da exploração. O capital se vale do trabalho, mas sem se mostrar às claras e, assim, acaba não tendo qualquer responsabilidade social. Mas, a Justiça do Trabalho, vocacionada, não se restringirá, por exemplo, a dizer que a pessoa que costura meias ou calçados em sua casa para uma outra pessoa, igualmente miserável, tem direitos. Perseguirá a responsabilização da empresa que ostenta o capital e para quem, efetivamente, essas meias ou calçados são costurados. Aliás, conferirá proteção social, frente à grande empresa que está por detrás daquela atividade econômica, igualmente, àquele que apenas aparentemente detém a condição de "empresário"...

c) a revisão de vários de seus posicionamentos referentes a situações comuns nas relações de emprego, até porque se não se conseguisse efetivar a proteção do ser humano nas relações de emprego não seria possível supor que se o conseguiria realizar em outros tipos de relações de trabalho. Mas, como a ampliação da competência se baseia na adoção de uma nova postura protetiva, isto implicará mudanças na jurisprudência, especialmente, quanto a alguns aspectos, como os abaixo enumerados, de forma exemplificativa:

1. terceirização: claro esta nova Justiça vocacionada para a proteção do ser humano, saberá reconhecer o equívoco do enunciado 331, do TST, que transforma o empregado em coisa ("coisificação" do ser humano). Declarará nula qualquer tipo de intermediação de mão de obra, afirmando o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços seja em atividade-fim, seja em atividade-meio, pois o ser humano não pode ser mercantilizado. A terceirização, assim, será restrita a prestações de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as duas empresas;

2. Acumulação de adicionais: como o princípio é o da proteção do ser humano, consubstanciado, por exemplo, na diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, não há o menor sentido continuar-se dizendo que o pagamento de um adicional "quita" a obrigação quanto ao pagamento de outro adicional. Se um trabalhador trabalha em condição insalubre, por exemplo ruído, a obrigação do empregador de pagar o respectivo adicional de insalubridade não se elimina pelo fato de já ter este mesmo empregador pago ao empregado adicional de periculosidade pelo risco de vida que o impôs. Da mesma forma, o pagamento pelo dano à saúde, por exemplo perda auditiva, nada tem a ver com o dano provocado, por exemplo, pela

...ao fim suma, para cada elemento insalubre é devido um adicional, que, por óbvio, acumula-se com o adicional de periculosidade, eventualmente devido. Assim, dispõe, aliás, a Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil,

3. Adicional de insalubridade sobre a remuneração: a eliminação dos riscos à saúde é um bem jurídico protegido constitucionalmente. O ideal é que por ações inibitórias se eliminem os riscos, mas não sendo ocorrido, a repercussão econômica deve ser a mais ampla possível, para justificar os investimentos que uma empresa teria que fazer para eliminar os riscos e não uma paga simbólica ao trabalhador pelo risco a que foi exposto. A Constituição, ademais, é clara neste sentido, fixando o direito ao adicional de remuneração pela insalubridade.

4. Adicional de penosidade: até hoje doutrina e jurisprudência consideram o direito em questão como de norma constitucional de eficácia limitada. Na nova postura adotada pela doutrina e jurisprudência, de proteção da dignidade humana, tal entendimento não mais se justifica, pois se pode a jurisprudência conferir direitos trabalhistas a quem não é empregado, com muito mais razão poderá ela conferir eficácia plena aos direitos já consagrados aos empregados, até porque não é difícil definir o que seja um trabalho penoso. Penoso é um trabalho que não apresenta riscos à saúde física, mas que, pelas suas condições adversas ao psíquico, acaba minando as forças e a auto-estima do trabalhador, mais ou menos na linha do assédio moral. Aliás, o próprio assédio moral não é definido em lei e ninguém hoje dirá que não cabe ao trabalhador uma indenização por assédio moral. O trabalho penoso é uma espécie de assédio moral determinado pela própria estrutura empresarial e não por ato pessoal de um superior hierárquico. Um exemplo, talvez, permita melhor a compreensão da ideia: outro dia fui a uma fábrica. As trabalhadoras faziam um serviço repetitivo durante oito horas por dia, sem previsão de rotatividade de tarefas, sem possibilidade de descanso e sem que tivessem sequer a visão da trabalhadora ao lado, porque envolvidas por um bloco trilateral. Se avaliada a situação sob a ótica da insalubridade e da periculosidade nada estava, pelo menos aparentemente, errado, mas o trabalho exercido daquela forma minava a trabalhadora por dentro, tanto que na própria avaliação do gerente de recursos humanos, só pessoas com baixíssima formação cultural se submetiam ao exercício daquele serviço.

5. Horas extraordinárias: As horas extraordinárias, prestadas de forma ordinária, trata-se de uma esdrúxula prática que interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores⁽¹⁵⁶⁾ e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande contradição: no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma habitual, da prática do trabalho em horas extras e pior, na maioria das vezes, sem o pagamento do adicional respectivo⁽¹⁵⁷⁾.

O ato de uma empresa que exige horas extras, sem o respectivo pagamento, aos seus empregados, em princípio é apenas uma agressão aos direitos individuais desses empregados, cuja satisfação, portanto, deve ser buscada pelas vias normais da ação individual, ainda que em litisconsórcio ativo (dissídio plúrimo). Mas, se vista por outro lado, considerando a repercussão do custo da produção e a concorrência desleal que essa atitude provoca com relação a outras empresas do mesmo setor, que não se utilizam de tal prática, a prática em questão revela-se uma autêntica agressão consciente da ordem jurídica, surgindo o interesse social em inibi-la.

A inibição de tal prática tanto pode se dar por intervenção do Ministério Público do Trabalho, que pleitearia a sua paralisação por meio de ação civil pública, quanto pode ser imaginada pela interposição de ações com caráter indenizatório, movidas pelos empregados, para fins de desestimulá-la.

Importante explicar que a limitação ao adicional de 50%, para o pagamento das horas extras, somente tem sentido quando as horas extras são, efetivamente, horas extras, isto é, horas além da jornada normal, prestadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica.

(156) Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

(157) Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

Os Gerentes e altos empregados (direito a horas extras): Não se justifica a exclusão dos altos empregados dos direitos ao limite da jornada de trabalho, aos períodos de descanso (inter e entrejornadas), ao descanso semanal remunerado e ao adicional noturno, por previsão do art. 62, II, da CLT. O problema é que este tipo de empregado (pressupondo, então, para fins de nossa investigação as situações fáticas e jurídicas em que o alto empregado se apresente como um autêntico empregado, isto é, um trabalhador subordinado) tem sido vítima, pelo mundo afora, de jornadas de trabalho excessivas. Eles estão, frequentemente, conectados ao trabalho 24 horas por dia, 07 dias na semana, mediante a utilização dos meios modernos de comunicação: celular, pager, notebook, fax etc. Os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo negativamente em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, são forçados a lutar contra a "desprofissionalização", o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois que o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego. Um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho, que lhe são impostas pela lógica da produção, é inevitável.

O direito do trabalho, sendo um centro de positividade da garantia dos direitos humanos, evidentemente, não deve encarar este fato como normal e estar alheio a ele, ou, pior, fixar normas que o legitimem, pois o resultado é que uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna.

Juridicamente falando, a forma essencial de se reverter este quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948. Além disso, os incisos XIII e XV do art. 7º, da CF/88, conferiram, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho.

7. Horas extras (trabalho externo): Diz-se, comumente, que os empregados que exercem trabalho externo não estão sujeitos ao limite de jornada de trabalho. No entanto, sobressai o direito da sociedade de que esses trabalhadores tenham sua jornada de trabalho limitada, sendo esta uma obrigação primária que se impõe ao empregador, por ser ele quem exige ou permite a execução de serviços por parte de seu empregado. Independente do que dispõe o inciso I, do art. 62, é importante atribuir ao empregador a obrigação de limitar a jornada de seus empregados, mesmo que trabalhem fora de seu estabelecimento. Recentemente, em uma reclamação trabalhista⁽¹⁵⁸⁾, um trabalhador, motorista de ônibus intermunicipal, pleiteou o recebimento de horas extras, declinando uma jornada de trabalho de cerca de 12 horas. A reclamada, em defesa, simplesmente disse que o reclamante exercia trabalho externo e que, portanto, sequer sabia apontar a quantidade de horas que o reclamante trabalhava, diariamente. Pense-se a questão, no entanto, sob o prisma da responsabilidade social: aquele trabalhador transportava vidas humanas a mando do empregador e segundo a versão do trabalhador seu trabalho era exercido além do limite que razoavelmente se poderia entender como necessário para a segurança de todos e o empregador sequer tinha o cuidado de se dar conta da quantidade de horas trabalhadas, apenas para demonstrar a inexistência de controle e, portanto, valer-se da previsão do inciso I, do art. 62, da CLT, com o fito de

(158) Reclamação trabalhista movida perante a 3ª Vara do Trabalho de São Paulo.

em o pagamento de horas extras. No entanto, o fato concreto é que aquele empregador não só poderia controlar a jornada trabalhada por seu motorista como tinha o dever social de fazê-lo. Este controle, aliás, é sempre possível (basta lembrar dos caminhões que trazem a inscrição, "veículo monitorado por radar") e sendo esta sua obrigação, recai sobre si o encargo da prova das horas de trabalho, em eventual discussão em juízo a seu respeito.

8. Banco de horas. O banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento da hora extra) se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores. É evidente que o propósito da lei, de preservar os empregos em épocas sazonais, só poderia se concretizar com a fixação da regra de que primeiro se concedessem as folgas, para que depois estas se compensassem com horas extras, preservando-se sempre a diferença quantitativa entre a hora normal e a hora extra⁽¹⁹⁹⁾.

9. Revezamento 12x36. O revezamento 12x36 fere, frontalmente, a Constituição e a lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária, como dito acima. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime de 12x36 há trabalho frequente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra a todos os preceitos internacionais de direitos humanos.

10. Agressões recorrentes do direito do trabalho: várias empresas são recorrentes na prática de agressões aos direitos dos trabalhadores, agindo assim de forma deliberada e equacionando os lucros que obtêm com tal atitude. A Justiça do Trabalho, ao contrário do que deveria, acaba adotando com relação a estas empresas uma postura complacente e às vezes, diante do fato de estarem seus representantes ou advogados, em contato mais frequente com a Justiça, acabam tendo um tratamento extremamente amistoso. São empresas-clientes da Justiça do Trabalho. Uma até "clientes preferenciais", que em breve vão acabar reivindicando que seus "cartões" sejam pontuados em função do número de reclamações, para trocarem esses pontos por milhagens. Claro isto é apenas uma caricatura, mas que reflete, de certo modo, o que se passa no dia a dia da Justiça do Trabalho (Justiça e certas empresas "parceiras" no descumprimento do direito do trabalho). Mas, agora, fruto da revitalização do princípio protetor a nova Justiça do Trabalho fará o que já devia estar fazendo, tratar essas empresas como inimigas, não para ser contra o capital, mas para estar do lado das empresas que não comparecem na Justiça do Trabalho, exatamente pelo fato de serem cumpridoras dos direitos trabalhistas. A nova Justiça do Trabalho, então, conferirá uma espécie de selo "Amiga da Justiça do Trabalho" a todas as empresas que não tiverem reclamações trabalhistas e às suas "clientes" dará um tratamento repressivo, condenando-as, pela reincidência, ao pagamento de indenizações por dano social, fixadas a partir dos parâmetros jurídicos criados pelos arts. 186, 187, 927 e 404, parágrafo único, do Código Civil, e, no aspecto processual, inverterá o ônus da prova, para que tais empresas provem que na situação posta em julgamento os fatos foram diversos daqueles tantos outros que o juiz já instruiu e julgou.

Nesta perspectiva de penalização pela utilização da Justiça do Trabalho como forma de incrementar o negócio a partir do não pagamento das dívidas trabalhistas, deve-se reconhecer que ao inadimplente contumaz não basta a determinação de reparar o dano com juros de 1% ao mês, não capitalizados. Para este, na perspectiva do dano social, a pena deve ser maior. Com base na previsão contida no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, os juros devem ser calculados pela taxa SELIC e no que tange às instituições financeiras, que emprestam a juros altíssimos (os maiores do mundo) o dinheiro que deixam de repassar aos trabalhadores, o índice deve ser, por aplicação do princípio da isonomia, o mesmo, qual seja, o do cheque especial.

(199) Para maiores argumentos neste sentido, vide: SOUTO MAIOR, *op. cit.*, O direito do trabalho como instrumento de justiça social, p. 329-330.

11. Proteção contra dispensa arbitrária: Sob a nova perspectiva protetiva da dignidade humana, é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu art. 7º, aos empregados a garantia da "proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República, da proteção da dignidade humana (inciso III, do art. 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas, ou seja, quando o pretense direito potestativo de rescisão contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.

Neste sentido, vale lembrar das lições de Karl Larenz⁽¹⁶⁰⁾, há muito manifestadas, analisando as relações jurídicas sob o aspecto da teoria geral do direito, no sentido de que: a) a vinculação em uma dada relação jurídica não retira da parte o seu direito subjetivo fundamental, que é o direito da personalidade, que se insere no contexto da proteção da dignidade humana, e que pode ser exercido em face de qualquer pessoa, b) o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o preveem, encontra, naturalmente, seus limites na noção do abuso de direito e no princípio da boa-fé.

Ora, logicamente, os direitos de personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo agressões nítidas a esses direitos o trabalho em condições desumanas e sobretudo a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que perde o meio de sua subsistência, sem sequer saber o motivo para tanto.

Evidentemente, como explica o mesmo autor, não há a necessidade de uma regra específica para que o direito subjetivo da personalidade seja exercido.

A noção de abuso do direito encerra o princípio de que o exercício de um direito subjetivo é ilícito quando não tiver outro objetivo que o de causar prejuízo a outrem⁽¹⁶¹⁾ e mesmo quando exercido de forma imoral⁽¹⁶²⁾.

No tocante à boa-fé, esclarece Larenz que "sempre que exista entre pessoas determinadas um nexó jurídico, estas estão obrigadas a não fraudar a confiança natural do outro"⁽¹⁶³⁾.

Lembre-se, ademais, que nos termos do atual Código Civil, art. 187, comete ato ilícito aquele que, independentemente de culpa, titular de um direito, "ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

12. Doença profissional: Diz o art. 118, da Lei n.º 8.213/91, que será conferida estabilidade no emprego ao empregado acidentado no trabalho, desde o retorno à atividade, com a cessação do recebimento do benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário, até um ano após esta data. Em situações de

profissional, no entanto, o trabalhador mesmo acometido de algum mal pode continuar prestando serviços, até o momento em que, agravando-se o seu estado de saúde, o empregador o dispensa. Este trabalhador acaba, concretamente, não obtendo o benefício previdenciário, mas isto não o pode impedir de adquirir o direito à estabilidade uma vez comprovado em juízo o nexo causal entre a sua doença e o trabalho exercido. A reintegração ao emprego decorrente da aplicação desse direito se impõe e não somente a condenação em indenização compensatória, equivalente ao valor dos salários de 12 meses. Em primeiro lugar, porque o direito previsto no art. 118 da Lei n. 8.213/91 não é, propriamente, uma garantia de salários, mas uma garantia de emprego, o que torna nulo o ato da dispensa. Em segundo lugar, porque os efeitos da doença do trabalho e da doença profissional na saúde do trabalhador podem se alastrar por tempo superior a 12 (doze) meses e, desse modo, uma tal indenização não representaria a reparação do efetivo prejuízo suportado pelo trabalhador, que no período da perda da capacidade laborativa certamente, não conseguira novo emprego.

Pode ocorrer, até, que a redução da capacidade laborativa seja irreversível e isto representa uma diminuição sensível da possibilidade de se adquirir novo emprego, sem que tal circunstância confira a tal pessoa o direito a uma prestação previdenciária, notadamente, uma aposentadoria por invalidez, já que para tanto requer-se uma perda total da capacidade de trabalhar, nos termos do art. 42, da Lei n. 8.213/91.

Lembre-se, ainda, que esta pessoa, desempregada, que não recebe benefício previdenciário e que não tem muita perspectiva de novo emprego, no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses⁽¹⁶⁴⁾, contados da data da cessação do vínculo empregatício, perde a sua condição de segurado da previdência social, nos termos do § 2º, do art. 13, do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamenta as leis previdenciárias.

E acresce-se, com especial relevo, que o art. 118, da Lei n. 8.213/91, menciona que o prazo de manutenção do contrato de trabalho do acidentado será de, no mínimo, 12 (doze) meses, exatamente para dar efetiva guarida aos casos de doença profissional e doença do trabalho para que, em suma, a estabilidade dure enquanto perdurar a perda da capacidade laborativa.

Este entendimento ainda mais se justifica quando se lembra que nos termos da mesma Lei n. 8.213/91, as empresas devem reservar aos deficientes, após reabilitação, um percentual de suas vagas que varia de 2 a 5%: a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregados; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

Destaque-se que esta estabilidade do trabalhador acidentado é devida tanto nos contratos a prazo indeterminado quanto nos contratos a prazo⁽¹⁶⁵⁾.

3. Intimidade-privacidade As Cortes europeias vêm dando preferência à preservação da intimidade do empregado, negando a possibilidade do empregador ter acesso às correspondências eletrônicas emitidas e recebidas pelo empregado no local de trabalho, a ponto de negar a possibilidade de dispensa do empregado por tal motivo (vide, neste sentido, decisão proferida pela Corte de Cassação francesa em 02/10/01, n. W 99-42 942, que se baseou no art. 8º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

Sob o prisma do direito nacional, encontra-se fundamento para a proteção do sigilo da comunicação realizada por e-mail no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Quando o empregado executa seus serviços em estabelecimento do empregador, que, obviamente, tem a sua organização, e utiliza os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, não é razoável que possa este empregado exercer a sua vida privada até o ponto de negar a existência de seu próprio modo de subordinação à ordem produtiva e mesmo a propriedade do empregador com relação aos meios de produção que lhe são postos à disposição.

Isto não quer dizer, no entanto, que o empregador possa, por vontade própria e ato unilateral (ou mesmo por disposição contratual), praticar ato que fira a intimidade do empregado, nem lhe furtar a possibilidade de se comunicar com o mundo externo, com intimidade, proibindo-lhe o acesso a telefone ou e-mail e mesmo monitorando suas ligações ou mensagens.

Ao se permitir que uma pessoa tenha acesso a mensagens de outra pessoa, emitidas em mecanismos que, naturalmente, trazem aspectos de intimidade, mesmo que o meio utilizado para a comunicação seja de propriedade daquele que monitora, abre-se uma porta muito perigosa em termos de direitos fundamentais, pois, na confrontação de valores, disse que o direito de propriedade sobressai sobre o direito à intimidade.

O problema, portanto, é o da flexibilização de um direito fundamental, o que, por certo, quando aceito, não se limita à hipótese concreta posta em discussão. Fixa-se um pressuposto jurídico perigoso que serve tanto para aquele caso em exame como para vários outros, extrapolando mesmo a mera relação de emprego. Isto é, podendo atingir a todos os cidadãos em qualquer situação (pois o contrário seria discriminação: considerar que apenas a privacidade do empregado, porque subordinado, está sujeita a restrições). E, lembre-se: "onde passa um boi, passa uma boiada".

O mundo caminha para um novo arranjo social muito perigoso, em que certos valores (segurança, defesa da propriedade, disciplina vigiada) têm sido utilizados como justificativas para se flexibilizar o direito à privacidade e a intimidade. Há mesmo quem sustente, nesta linha de ideias, que até a tortura se justifica quando se tem a "suspeita" de que algo grave possa acontecer (os efeitos do poder de tortura todos conhecem, e os temos visto nos jornais).

Abrindo-se esta porta no mundo jurídico, legitima-se o monitoramento de toda a sociedade (o tempo todo, em qualquer lugar). Vivemos (e talvez estejamos caminhando para isto) em um grande "Big Brother" (com o perdão da repetição): "Sorria você está sendo filmado!"

Não se pode, em hipótese alguma, abrir esta porta. O ser humano precisa de sua intimidade e de sua privacidade e se isto é essencial ao ser humano é essencial para a sociedade, pois esta é composta de seres humanos.

Nunca é demais lembrar que a boa-fé é o pressuposto das relações contratuais, assim como das próprias relações humanas. Ao se perder o vínculo de boa-fé, perde-se o amálgama que justifica a convivência harmônica. Quando todos são delinquentes (terroristas, transgressores etc.) em potencial, não há sociedade possível. Não sou adepto da teoria da "guerra de todos contra todos", prefiro acreditar no homem bom, que se corrompe pelo meio. Ao se criar o pressuposto de que todos podem, para defender seus interesses (que serão sempre "maiores"), invadir a privacidade de outro, permitimos que o homem se corrompa neste sentido, passando a achar isto natural.

Ser, ou não, o meio de comunicação, ferramenta de trabalho altera a situação. O e-mail é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode, por isto, invadir a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio, naturalmente. Grotescamente falando, não é porque o empregador fornece o uniforme que pode pedir ao empregado que o tire imediatamente...

Todos desejam que a sua privacidade e a sua intimidade sejam preservadas de toda e qualquer invasão. Este princípio, por óbvio, serve, também, ao empregado. O empregador que ache outros meios de controlar a produção e preservar seu patrimônio. Nas decisões dessa Justiça do Trabalho, impulsionada pelo princípio da proteção da dignidade humana, ele não encontrará nenhuma brecha para atingir a privacidade e a intimidade de quem quer que seja.

Ainda sob o aspecto da proteção da intimidade, sobleva a questão pertinente à vigilância por vídeos no local de trabalho. No ambiente do trabalho, evidentemente, esta situação só se justifica nos limites da manutenção da segurança. Fora deste limite, as câmeras servem apenas para manter sob extremo controle o empregado, o que, evidentemente, não se insere dentro do poder de direção do empregador, ferindo, por consequência, o direito à intimidade do empregado.

14. Estágios. Os contratos de estágio podem até ter uma função social importante, que é a da inserção de jovens no mercado de trabalho. O problema é que esta inserção se faz, conforme prevê a lei, com violação de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos trabalhistas. A lei, portanto, na perspectiva da prevalência da dignidade humana e da proteção social do trabalho, é, notoriamente, inconstitucional, porque, em verdade, seus propósitos há muito foram desviados. No fundo, os contratos de estágio, empiricamente, servem unicamente como alternativa para as empresas para utilização de mão de obra mais barata, o que se tem feito sem qualquer limite (havendo empresas que têm mais estagiários que empregados) e sem qualquer vinculação à formação profissional.

15. Trabalho infantil. O trabalho infantil, mais precisamente da pessoa com idade inferior a 16 anos, não tem recebido um tratamento adequado da Justiça do Trabalho, mas isto, agora, está prestes a mudar. Diz-se que o contrato é nulo e que não há direitos. Outros dizem que é nulo, mas gerando apenas os direitos trabalhistas. Mesmo se reconhecermos a nulidade (o que no meu modo de ver não nega direitos, especialmente o da registro em Carteira) há de se condenar o explorador a pagar uma indenização, pois no caso o dano não é só financeiro, é de agressão à infância, que é um bem constitucionalmente preservado.

16. Trabalho doméstico. Na ótica da proteção social do trabalho, além de se garantir à diarista todos os direitos pertinentes à empregada doméstica, finalmente, se conferirá a esta na integralidade os seguintes direitos: a) salário mínimo que for fixado por lei para todos os demais trabalhadores; b) irreduzibilidade salarial; c) 13º salário integral e proporcional, na totalidade dos termos previstos na Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962; d) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, sendo, necessariamente, pelo menos um domingo por mês e com pagamento em dobro no descumprimento, na totalidade dos termos da Lei n. 605, de 05 de janeiro de 1949, que faz incidir também para os domésticos o direito a não trabalhar em dias feriados; e) férias de 30 (trinta) dias, integrais e proporcionais, com adicional de 1/3, incluindo a dobra no descumprimento, na totalidade dos termos dos artigos que integram o Capítulo IV da CLT; f) licença-gestante de 120 (cento e vinte) dias, sendo que esta licença é paga diretamente pelo INSS, nos termos da Lei n. 8.213/91, mas de responsabilidade do empregador quando por ato unilateral obste a aquisição deste direito; g) licença-paternidade de 05 (cinco) dias; h) aviso prévio de 30 (trinta) dias, incluindo o aviso prévio indenizado, no caso de seu descumprimento; i) aposentadoria, nos termos da Lei n. 8.213/91; j) multa do art. 477, § 8º, da CLT; l) pena do art. 467, da CLT; m) estabilidade a gestante desde a concepção até cinco meses após o parto (letra "b", inciso II, do art. 10, do ADCT).

17. Prescrição. A prescrição de direitos trabalhistas, enquanto vigente a relação de emprego, é algo que, efetivamente, não se justifica dentro de uma ordem jurídica que estabeleça como princípio fundamental a proteção da dignidade humana.

Como dizem os clássicos doutrinadores civilistas, a prescrição não é um prêmio para o devedor, não é uma proteção do devedor, mas um limite que se impõe à ação do credor na busca de seu direito. Um limite do qual o direito se utiliza "para evitar que o credor possa negligenciar na cobrança da dívida, criando, assim, uma permanente situação de mal-estar para a sociedade" (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 53).

Ora, se assim é, não pode a prescrição trabalhista, igualmente, representar um prêmio para o empregador e, em concreto, aplicar-se um lapso prescricional durante a vigência de uma relação de emprego, ainda mais dentro de um quadro jurídico que, da forma como vem sendo aplicado, não garante o emprego. Uma tal situação significa conferir um benefício para o empregador que não cumpre direitos trabalhistas (sem beneficiar aos que cumprem), pois o exercício do direito de ação, por parte do empregado, para pleitear seus direitos, implica pôr em risco o seu bem maior que é o emprego. Daí porque a Justiça do Trabalho já foi apelidada da Justiça do ex-empregado, na medida em que, verdadeiramente, somente após o término da relação de emprego é que os empregados (ou melhor, ex-empregados) buscam defender, em juízo, os seus direitos.

Assim, o lapso prescricional de 05 anos, previsto constitucionalmente, embora tenha, em tese, aplicação imediata, somente pode ser aplicado efetivamente após cumprida a promessa constitucional

da proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da CF) — seja pela criação da lei complementar, seja pela consagração na doutrina e na jurisprudência da ideia de que a inércia do legislador não é capaz de impedir a eficácia de tal dispositivo, conforme sustentado acima — pois, do contrário, estar-se-ia ferindo, na realidade, o princípio da proteção da dignidade humana, jogando-se no lixo as garantias fundamentais do direito social.

Pode-se pensar que uma tal interpretação estaria fazendo letra morta do texto constitucional, mas parece-me que o contrário é que o faz. Ora, se foi o Constituinte quem quis e delimitou a prescrição dos direitos trabalhistas e esta sua vontade não pode ser desprezada, não se pode negar que esta sua vontade foi externada dentro de um contexto normativo que previa, igualmente, a proteção do emprego contra a dispensa arbitrária. Estas duas vontades do constituinte devem ser respeitadas e aplicadas conjuntamente visto que possuem relação de causa e efeito: os direitos prescrevem durante o curso da relação de emprego porque a relação de emprego é protegida, possibilitando, em concreto, ao empregado pleitear os seus direitos. Se ausente uma das condições, a outra não pode ser aplicada, sob pena de se criar um mero benefício ao descumpridor da ordem jurídica, sob o pretexto, falacioso e ilusionista, de que é o empregado que permite que seus direitos sejam descumpridos ao não ingressar com ação judicial para defendê-los.

18. Negociação "in pejus". Na ótica da preservação dos princípios da proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho, os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, não se subordinando, pois, a vontade das partes, mesmo quando representadas por entidades sindicais. A autonomia privada coletiva, por conseguinte, só tem campo de atuação para melhorar as condições de trabalho fixadas na lei, jamais para reduzir o seu alcance.

19. Acidente do trabalho. A obrigação de indenizar por ocorrência de acidente do trabalho não depende de prova da culpa. A responsabilidade é objetiva, conforme prevê o art. 927, do Código Civil. A previsão constitucional, por óbvio, não limita este direito do acidentado, na medida em que a norma constitucional é de caráter mínimo, podendo, portanto, ser ampliada pela lei infraconstitucional, como se dá na presente situação.

Quanto à prescrição do dano moral decorrente do acidente do trabalho, importante destacar que o bem jurídico protegido é um direito da personalidade. O direito à personalidade decorre da relação jurídica básica que cada cidadão possui com todos os outros, independente da existência de uma relação jurídica específica. A pessoa não perde esse direito quando se integra a uma relação jurídica específica. O empregador é responsável por reparar o dano moral não por ser o empregador, juridicamente qualificado, mas por ser responsável pela reparação, na medida em que o empregado está sob sua subordinação. Não se trata, portanto, de um crédito trabalhista, mas de um bem jurídico a que todos os cidadãos têm direito, inclusive o empregado. A reparação deste bem não é uma reparação civil, pois seu fundamento é constitucional (art. 5º). Basta avaliar as hipóteses mencionadas no § 3º, do art. 206, do CC, para verificar que não se autoriza vincular os danos ali mencionados ao dano decorrente de acidente do trabalho, cuja reparação está na própria origem do Estado Social e dos direitos humanos. No aspecto do benefício previdenciário, aliás, a ideia é a da imprescritibilidade do benefício, prescrevendo em cinco anos apenas as parcelas, mas jamais o direito de pleitear o benefício (auxílio-doença). Não cabe, portanto, a tese de que a prescrição, no direito civil, é de 03 anos, para os acidentes do trabalho e que, por isto, a trabalhista, quinquenal, é mais benéfica. A reparação do dano pessoal, decorrente de agressão a direito da personalidade, é, portanto, imprescritível. E, não se querendo ver isto, a prescrição, na pior das hipóteses, é a vintenária, para os casos anteriores à edição do novo Código Civil, ou decenária, para as posteriores.

20. Greve. A greve é fruto de um direito fundamental e sendo assim, na perspectiva da proteção da dignidade humana, não se permite à Justiça do Trabalho delimitar o alcance das reivindicações que por meio da greve pretendam fazer os trabalhadores.

21. Servidores públicos, no que tange às relações de trabalho com o ente público, independe de se perquirir sobre os servidores estatutários, isto é, falando apenas das relações que já se encontram sob a competência da Justiça do Trabalho, a visão protecionista da dignidade humana implica a) a supressão do Enunciado 363, TST (contratação sem concurso público); b) a supressão da OJ 247, TST (dispensa

argum
elimen
ção de
do Dir
to Par

movada de empregados públicos), c) a declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.006-93, que nega responsabilidade ao Estado pelas dívidas trabalhistas em contratações por licitação, mesmo em se tratando de obras específicas ("dono da obra"); d) a negação de validade aos contratos de terceirização para prestação de serviços, no setor público, por aplicação dos arts. 39-37 XXI e art. 247 da Constituição Federal; e) a consideração de que a greve é legítimo direito do servidor público, independente de uma lei que o regule; f) a consideração de que é possível o dissídio coletivo de natureza econômica para os servidores públicos, inclusive para reposição salarial; g) a declaração da nulidade pelos abusos cometidos nas contratações temporárias por excepcional interesse público;

22 Tutela antecipada. A tutela antecipada integra a concepção do processo como instrumento ético, buscando a pacificação, com justiça, dos conflitos sociais. A antecipação da tutela integra este contexto, visando equacionar o antigo dilema entre necessidade de celeridade do provimento jurisdicional e necessidade de assegurar ao demandado as conquistas já tradicionais do devido processo legal. Entretanto, o *standard* legal merece aplicação razoável, para que não se torne letra morta o pretendido avanço do direito processual, em prol da efetivação do direito material. Na Justiça do Trabalho, a tutela antecipada deve ser uma constante, sobretudo quando se está diante de verbas trabalhistas não pagas e quanto às quais não se tenham uma razoável controvérsia. O tempo do processo, para permitir o devido processo legal, nestes casos, não deve penalizar o reclamante que, por avaliação de evidência, tem razão. Pela tutela antecipada se o efeito da prestação jurisdicional, conferindo-se ao reclamante, de uma vez, o bem da vida perseguido, mediante imposição de multa (estrutante) ao devedor. Quando a tutela for de evidência e se configurar atitude meramente protelatória do réu, tentando valer-se da morosidade processual para negar o cumprimento de obrigação alimentar, como é a trabalhista (sobretudo as verbas rescisórias), a concessão da tutela pode ser concedida *ex officio*.

23 Acordos. Na nova visão, estão prestes a ser banidos da realidade das Varas do Trabalho os acordos que representam autêntica renúncia a direitos, o que se demonstra, facilmente, quando não há controvérsia razoável de natureza fática ou jurídica a respeito do objeto da lide. Em suma, estão com os dias contados as conhecidas lides simuladas, ou "casadinhos", pelas quais maus empregadores fazem da Justiça do Trabalho um apêndice de seu Departamento de Pessoal, com um quê de Departamento Financeiro. Esta nova Justiça do Trabalho, certamente, não se submeterá a estes desvios de função e com a utilização da tutela antecipada *ex officio* saberá coibir tal prática, sem deixar sem resposta o interesse emergencial do reclamante. Assim, todo acordo será fruto de autêntica transação, não importando em renúncia a direitos ou descon sideração de normas de ordem pública, além de não mais trazerem a imoral e antijurídica cláusula da "quitação pelo extinto contrato de trabalho".

24 Honorários advocatícios. Como não se prevê que a Justiça do Trabalho não faça uma ordem de classificação entre as ações, que ponha em segundo plano a relação de emprego, por óbvio, em todas as ações terá aplicabilidade o princípio da sucumbência, advindo daí, finalmente, a eliminação do inconcebível entendimento de que nas reclamações trabalhistas, em que se discutam direitos decorrentes de uma relação de emprego, não cabe a condenação em honorários advocatícios.

25 Não discriminação. O princípio da não discriminação, consagrado nas obras de direito do trabalho, nos Tratados internacionais de direitos humanos e na Constituição brasileira, será aplicado efetivamente nas relações de emprego, com a fixação de um postulado jurídico processual importantíssimo, qual seja, o da inversão do ônus da prova em situações em que notoriamente a discriminação se presume. O ato que representa, presumidamente, uma conduta discriminatória deve ter, portanto, uma motivação específica, para que a discriminação não seja declarada e esta motivação deve ser provada, inequivocamente, pelo autor do ato.

A perspectiva evolutiva, além disso, é eficiente para verificar o quanto certos argumentos são extraídos de um passado que a racionalidade humana já buscou eliminar, como, por exemplo, o de que o empregado que sofreu acidente de trabalho não deve ser indenizado porque, afinal, cometeu "ato inseguro". O argumento remonta ao Direito Liberal clássico, faz letra morta de toda evolução jurídica sofrida no seio do próprio Direito Civil, no aspecto da responsabilidade civil, para conferir proteção jurídica

adequada ao acidente do trabalho, considerado um dos maiores males do capitalismo industrial conforme acima relatado, e representa, até com maior rigor, uma agressão à racionalidade humana

Em um sentido ainda mais restrito, não se pode, no mínimo, negar o esforço deste estudo para afastar a incompreensão histórica e metodológica do Direito do Trabalho, permitindo rechaçar, com muitos fundamentos, as objeções retóricas, sem qualquer fundamento teórico, que se lhe costumam apresentar seja pela mídia — que talvez não tivesse obrigação de compreender mais a fundo toda a complexidade em que está envolvido o Direito do Trabalho —, seja por parte da doutrina trabalhista — que deveria ter compreensão sobre o objeto de seu manuseio diário

A partir de todos os fatos apresentados, que sentido histórico pode ter a afirmação de que cumpre ao Direito do Trabalho satisfazer os interesses econômicos? Que razão pode ser atribuída ao argumento de que o custo do trabalho imposto pelos direitos dos trabalhadores impede o desenvolvimento econômico? Qual é a lógica de se dizer que o Estado atrapalha a economia? Como acreditar, afinal, que o capitalismo pode constituir, por si, sem nenhum freio institucionalizado, um modelo justo de sociedade?

Mas, também, o problema não é de convencimento e sim de operatividade. Os capitalistas, que ostentam na sociedade uma posição privilegiada, jamais serão convencidos da importância de se limitarem os seus interesses em favor de outras pessoas, sobretudo se forem pessoas de um "status" "subalterno". De todo modo, como dito, isso pouco importa, pois o Direito Social foi institucionalizado exatamente pela compreensão de que a solidariedade social, que representa, de fato, uma restrição às esferas de poder, não se produz por intermédio de uma natural consciência humanística no seio da sociedade. Ela deve ser imposta e daí a essencialidade do Direito.

Esta constatação nos deve remeter, necessariamente, a uma avaliação filosófica de extrema importância, para a completa efetivação do Direito Social. Refiro-me ao sentido concreto da ética. Desde Kant acredita-se que o verdadeiro sentido da ética é agir em conformidade com o pensamento. Mas, diante de um Direito que de certo modo limita os anseios que se produzem no homem em uma sociedade capitalista, já que o homem, socializado, não é o homem bom em estado de natureza, isolado de influências externas de todo tipo, é preciso que se considere ético exigir-se juridicamente aquilo que não se faria espontaneamente. Em outras palavras, pensando a ética numa perspectiva kantiana, o jurista tenderia a desconsiderar a eficácia da ordem jurídica social. Não se enxergando como um cumpridor espontâneo da norma, buscaria um argumento para lhe negar a eficácia, salvando, assim, a sua consciência, que não restaria abalada por um conflito ético. No entanto, para o Direito Social, que impõe atos de solidariedade social, que podem contrariar institutos egoístas e individualistas naturalmente incentivados na sociedade capitalista, a ética verdadeira consiste em reconhecer os defeitos humanos, dos outros e nossos, e em aceitar a correção operada pelo Direito, mesmo contra a própria vontade.

Mas, desatenta ao contexto histórico e ao papel que efetivamente cumpre ao Direito do Trabalho, a doutrina e a jurisprudência têm refletido sobre os princípios

do Direito
Rodrigo
norma n
de direi
emprego

Os
interpre
a restri

Q
de uma
que se
trabalh
como
"altos
eficaci
capita
norma
que li
irredu

4.4. (

ou, i
isola
das

de s

con
org

(16)

Just

(16)

e, p

visi

tral

coi

da

tra

LS

Como o Direito do Trabalho se desenvolveu
do Direito do Trabalho na perspectiva restrita da obra do saudoso Americo Plá
Rodrigues a) princípio protetor, que engloba: 1. "in dubio pro operário"; 2.
norma mais favorável, 3. condição mais benéfica, b) princípio da irrenunciabilidade
de direitos, c) princípio da primazia da realidade, d) continuidade da relação de
emprego, e) razoabilidade, f) boa-fé

Os tais princípios enunciados, no entanto, não passam de técnicas de interpretação e integração e que, da forma como foram desenvolvidas chegam mesmo a restringir o potencial transformador do Direito do Trabalho.

proteção não é apenas para o trabalhador
Quanto à noção de proteção, cumpre esclarecer que não se trata, propriamente, de uma proteção para conferir ao trabalhador benefícios que não lhe pertençam ou que se justifiquem a partir do pressuposto de uma espécie de debilidade mental do trabalhador, que perderia sentido quando este tivesse plena consciência de seus direitos, como às vezes se costuma argumentar, sobretudo no que se refere aos denominados "altos empregados". Trata-se de uma proteção de ordem jurídica que objetiva conferir eficácia aos preceitos normativos criados para a devida construção de uma sociedade capitalista em termos social e humanamente responsáveis. A aplicação concreta das normas trabalhistas, portanto, não interessa apenas ao trabalhador e, por isso, a proteção que lhe é direcionada não é de natureza pessoal, decorrendo daí a característica da irrenunciabilidade de direitos por parte do trabalhador.

4.4. O Método Jurídico Trabalhista

idoneidade para o trabalho
A racionalidade que se impõe ao jurista pelo Direito Social é a de ver o outro ou, até, de se perceber no outro, mas não a partir de uma perspectiva do homem isolado, idealizado, glorificado, e sim na realidade coletiva, contextualizada a partir das complexidades que envolvem o modelo capitalista de produção.

A perspectiva do Direito do Trabalho é a do o trabalhador, buscando a melhoria de sua condição social.

na transformação do
Essa afirmação retoma o debate acerca do poder transformador do Direito. O fato concreto é que, por mais razões que tenham os teóricos que acusam a forma burguesa de organização e aplicação do Direito, o fato é que o Direito, queira-se, ou não, se correlaciona

(166) O que também me ocorreu quando da elaboração da obra, O direito do trabalho como instrumento de justiça social, op. cit., p. 295-302.

(167) Segundo, Arnaldo Süssekind, "o princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização, mas que não se confunde com a transação, quando há res dubia ou res litigiosa no momento ou após a cessação do contrato de trabalho." (SÜSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA & TEIXEIRA, op. cit., Instituições de direito do trabalho, p. 144).

com a realidade, e, nesta perspectiva, servirá tanto para conservá-la quanto para transformá-la. Tullio Ascarelli, que pinçara suas ideias sob a égide do Direito Social em formação, deixara claro que:

A ideia de que o direito não poderia transformar a economia era, pura e simplesmente, o reflexo de uma ideologia (reacionária), isto é, do desejo de que o direito não intervisse para a transformação vantajosa às classes deserdadas pelo sistema econômico existente. Era o reflexo da concepção que se apresentava como científica, mas que era, na realidade, política, segundo a qual existe uma economia natural, à qual corresponde a ideologia do direito natural⁽¹⁶⁸⁾

E não se dedicou o autor citado à formulação de uma proposição meramente teórica em sentido da força transformadora do Direito. Esforçou-se em apresentar as modificações econômicas produzidas por ação das mudanças legislativas, tendo, inclusive, participado ativamente de movimentos de reformas legislativas⁽¹⁶⁹⁾

Esse reconhecimento é por demais importante para explicitar ao jurista o tamanho de sua responsabilidade quando cria, por meio da interpretação, o Direito. Neste sentido, Ascarelli exprime, com toda razão, que "não há interpretação que não obrigue o intérprete a tomar posição diante desta ou daquela alternativa e, portanto, a expressar uma valoração pessoal"⁽¹⁷⁰⁾, a qual advém não do conjunto normativo, mas da vivência do jurista. Neste sentido, a interpretação não é declarativa, mas criativa. Assim,

rejeitando as costumeiras metáforas da interpretação como cópia reprográfica ou como reflexo do Direito já posto, ele adotou a metáfora da semente e da planta, segundo a qual o ordenamento jurídico cresce sobre si mesmo e desenvolve-se por meio do trabalho do intérprete, do qual a lei é o germen fecundador. Sem metáforas, a interpretação, independentemente do que o jurista pense do próprio trabalho, jamais é apenas desenvolvimento lógico de premissas, ou seja, mera explicitação do implícito, mas é sempre, também, acréscimo, adaptação, integração, em suma, trabalho contínuo de reformulação, e, portanto, de renovação do *corpus iuris*. O jurista não é um lógico que apenas manipula algumas regras, mas um engenheiro que se serve de regras para construir novas casas, novas fábricas, novas máquinas.⁽¹⁷¹⁾

Em sentido ainda mais revelador, Márcio Túlio Viana explica que por detrás da fantasia de que o Direito está, todo ele, inscrito nas leis, esconde-se o próprio juiz que tenta fazer crer à sociedade que nada mais faz do que aplicar a lei ao fato, não assumindo, pois, qualquer responsabilidade sobre o resultado a que chega.

Em suas palavras:

como foi o legislador que fez a lei, o tribunal pode se eximir, aos olhos da sociedade, de qualquer responsabilidade — pois ela não conhece o seu

(168) Apud BOBBIO, *op. cit.*, Da estrutura, p. 250

(169) Cf. BOBBIO, *op. cit.*, Da estrutura, p. 250

(170) Cf. BOBBIO, *op. cit.*, Da estrutura, p. 253

(171) Cf. BOBBIO, *op. cit.*, Da estrutura, p. 252-253

segredo, não o percebe como coautor, não sabe que quem interpreta, recria. Como também não sabe, por isso mesmo, que o que ele fez foi uma escolha; que a sua aparente descoberta foi, na essência, uma invenção⁽¹⁷²⁾.

Essa revelação, que demonstra, pois, a um só tempo, a responsabilidade do jurista e a própria função transformadora — ou reacionária — do Direito, é por demais importante para a fixação de um método para o Direito Social, até porque, como dizia Ascarelli, na mesma linha das abordagens críticas do Direito, "O chamado direito espontâneo, que se forma, ou se acredita formar-se, diretamente pelo livre jogo das forças em luta, é sempre o direito do mais forte"⁽¹⁷³⁾.

O método do Direito-Social, no sentido de lhe fornecer o potencial transformador da realidade, será, necessariamente, estabelecido a partir da perspectiva das pessoas que nas relações sociais detenham uma posição inferiorizada, buscando soluções emancipatórias e não legitimações para as injustiças.

Assim, a crítica ao Direito não deve significar o efeito de destruir o Direito, mas de reconstruí-lo. Não se trata, por certo, de uma reconstrução que se baseie nos mesmos postulados dos debates abstratos do conhecimento jurídico. Trata-se de uma reconstrução que, partindo dos argumentos reveladores das análises críticas, afaste, por conseguinte, a ideia do Direito como ordenamento ou como sistema, e que elimine, pois, o desafio da compreensão do Direito como uma ciência autoexplicativa, procurando, isto sim, produzir os saberes necessários para problematizar a realidade social, fixando os parâmetros de análise dos fatos. Em outras palavras, a abordagem crítica do Direito deve se voltar a explicitar o método⁽¹⁷⁴⁾ de análise que melhor atenda aos objetivos do Direito Social, ou o método necessário para que o intérprete respeite os objetivos traçados pelo pacto humanitário da construção de uma sociedade mais justa e humana dentro do sistema capitalista de produção.

Não há como não extrair da raiz do Direito Social a compreensão de que o seu significado concreto está vinculado ao propósito de construir, continuamente, de forma evolutiva, a justiça social, para que a atração do sentido do justo para o Direito não represente, meramente, a legitimação de situações injustas, que se avaliam, ademais, evolutivamente. O trabalho de crianças de 05 anos de idade em fabricas, aos olhos de teóricos do século XIX, já pareceu normal, mas hoje, por certo, ninguém o defendera, valendo-se a mesma proposição de natureza progressiva em diversos outros assuntos ligados às relações de trabalho no contexto da exploração capitalista.

Desse modo, e por consequência da lógica inserida no Direito Social, o pressuposto teórico fundamental do Direito do Trabalho é o de que sirva como instrumento da melhoria

(172) Prefácio a Coleção *O mundo do trabalho*. Volume 1. leituras críticas da jurisprudência do TST em defesa do direito do trabalho. Organizadores: COUTINHO, Grijalbo Fernandes, MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, FAVA, Marcos Neves, SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. São Paulo: LTr, 2009, p. 10.

(173) Cf. BOBBIO, op. cit., Da estrutura..., p. 248.

(174) Método "é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações e critérios para selecionar hipóteses" (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do*

da condição social e econômica do trabalhador. Toda a racionalidade ligada ao Direito do Trabalho, cientificamente considerada, deve partir desse pressuposto e a ele servir, não para estabelecer verdades incontestáveis e eternas, mas para propor problemas a serem superados. Dito de forma mais clara, o método de análise do Direito do Trabalho é o do jurista posicionado no lugar do trabalhador, para que o primeiro possa ver a realidade com os olhos do segundo. Ao jurista, então, será possível compreender as aflições do trabalhador frente às formas de opressão impostas pelo poder econômico.

Como explicitado por Marcio Túlio Viana, "não creio em solução para o Direito do Trabalho que não avance para a frente, em direção ao trabalhador"⁽¹⁷³⁾.

A concepção crítica do Direito pode e deve estar sempre atenta também para questionar se essa proposição teórica está, de fato, produzindo efeitos reais. Mas isso não elimina a relevância da teoria fixada, pois é apenas a partir dela que se pode dizer que uma determinada disfunção está se produzindo no Direito quando o resultado prático que se propõe, por intermédio do Direito, esteja favorecendo a um interesse econômico em detrimento da condição humana.

É importante compreender que o modo que se tornou tradicional da abordagem jurídica do Direito do Trabalho não está de acordo com a concepção de Direito Social, pois sua base teórica é outra.

Quando se pensa estar criando formas avançadas de análise, ademais, acaba-se atraindo para o Direito do Trabalho problematizações que não lhe são próprias. É o que se dá, por exemplo, com a afamada teoria pos-positivista. A rejeição à teoria de Alexy impõe-se porque não há possibilidade do Direito Social conviver com princípios que sejam contrapostos aos seus postulados fundamentais. Do modo como se costuma aplicar a teoria em questão, seria o mesmo que dizer que o Direito do Trabalho tem por princípio buscar a melhoria da condição social do trabalhador e ao mesmo tempo ser instrumento a serviço da autonomia da vontade. As proposições principiológicas de natureza liberal, postas a serviço do individualismo, para favorecimento da formação do capitalismo, estão em contraposição incontornável com os princípios do Direito Social, que foram desenvolvidos exatamente para a superação desses valores. Não há ponderação possível a respeito, portanto. Não se trata de ser radical ou de não ser ponderado, razoável, imparcial, equilibrado, equidistante... Trata-se de se integrar, responsavelmente, ao contexto histórico que trouxe a humanidade até os dias presentes.

O Direito Social não é um pacto de harmonia das concepções ideológicas de natureza capitalista e socialista. O Direito Social é uma criação do capitalismo, diante do reconhecimento expresso de que não há sociedade capitalista viável regida pelo Direito Liberal. O Direito Social estabelece um limite ao interesse econômico, tomando como postulado a necessária proteção do ser humano. Não se trata de uma proteção submetida a uma condição de viabilidade do modelo econômico. Trata-se de uma proteção que submete o poder econômico a um teste de validade. Se o modelo capitalista for capaz de assegurar a eficácia das proposições contidas no Direito

social e, mais especificamente, no Direito do Trabalho, terá reforçado o seu argumento de legitimidade, do contrário, deverá perecer e dar lugar a outro modelo de sociedade.

Negar essa clara tomada de posição do Direito Social e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho, sob o argumento de ser ponderado, razoável, equilibrado e imparcial ou é um desconhecimento do Direito enquanto representação histórica da humanidade ou uma atitude dissimulada, que mascara uma tomada de posição em favor de interesses econômicos não revelados — próprios ou alheios —, sendo ambas as atitudes igualmente perniciosas, e, por isso mesmo, imperdoáveis pelos graves efeitos que geram para a construção do sujeito ⁽¹⁷⁶⁾, além de não possuir qualquer sustentação teórica, vez que não há argumento histórico algum que possa justificar uma imparcialidade equidistante e abstrata do Direito do Trabalho e, muito menos, a sua instrumentalidade na proteção dos interesses do capital.

5. ~~influência da teoria da separação dos ramos do Direito~~
A influência da teoria da separação dos ramos do Direito, sem a ligação a uma teoria Geral do Direito específica, de cunho social, alimenta essa postura inconsequente na jurisprudência. Ora, um dos princípios básicos do Direito Processual é a imparcialidade. O magistrado, então, considera que deve ser equidistante e imparcial, para ser plenamente livre para julgar. Mas, esse pressuposto desvincula o magistrado da sua função precípua que é a de aplicar o Direito e aplicar o Direito pressupõe, por óbvio, que se tenha conhecimento do fenômeno jurídico em sua inteireza, em outras palavras, que se conceba o Direito a partir de sua representação histórica e se respeite, portanto, a sua função (a do Direito).

Essa perspectiva se mostra ainda mais relevante em se tratando do Direito do Trabalho, pois se há alguma razão para o Direito do Trabalho existir esta se encontra, exatamente, na necessidade de se suplantarem os preceitos jurídicos de natureza liberal para se aplicarem, efetivamente, as regras da legislação trabalhista, como parte do reconhecimento da relevância da classe trabalhadora no contexto da sociedade capitalista, atitude que se reforçou a partir da compreensão de que não se produzira, em concreto, a alteração da base teórica, no mesmo sentido, do Direito como um todo.

Não atenta a isso, e mesmo influenciada por uma base teórica do Direito dentro da concepção ainda teimosamente liberal, parte considerável da magistratura trabalhista, no Brasil, desconsidera a essência principiológica do Direito do Trabalho, evitando a sua repercussão na atuação jurisdicional, sendo clássica, a propósito, a discussão quanto à incidência, ou não, dos princípios do Direito do Trabalho na esfera processual trabalhista.

Como efeito, verifica-se uma completa falta de identidade conceitual da atuação jurisprudencial com relação aos princípios do Direito do Trabalho. A jurisprudência,

(176) Conforme preceitua Foucault, para o homem atual impõe-se "a necessidade da construção de uma nova capaz de proporcionar-lhe um modelo de constituição de si", que gera "uma crítica permanente, visando assegurar o exercício contínuo da liberdade" (Apud FONSECA, Márcio Alves da. *Foucault e a constituição do* 135-136).

vista globalmente, reflete, em certo sentido, o método, não revelado, da atuação da magistratura trabalhista, verificada em casos concretos, quando o magistrado se sente quase que na obrigação, para demonstrar sua "imparcialidade", de julgar ora a favor da tese dos trabalhadores, ora a favor da tese dos empregadores, supondo que o verdadeiro magistrado é aquele que se põe acima do "bem" e do "mal" — expressão de natureza figurativa, pouco importando a definição de quem represente, efetivamente, o "bem" e a que venha a ser a representação do "mal".

Conforme estudo realizado sobre o conteúdo das Sumulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho⁽¹⁷⁷⁾, é possível demonstrar a falta de uma linha principiológica que possa unir, axiologicamente, os posicionamentos jurisprudenciais daquela Corte, podendo-se, de todo modo, destacar uma característica ao menos curiosa. Do ponto de vista quantitativo, as decisões são mais favoráveis às teses jurídicas dos trabalhadores, sobretudo em matéria processual. Mas, do ponto de vista qualitativo a equação se inverte, pois as questões jurídicas de maior complexidade e que envolvem caráter mais genérico da organização produtiva, as decisões do Tribunal tendem a ser mais favoráveis à tese patronal.

O que há de equivocado em tal situação não é meramente o fato de se chegar a uma conclusão que favoreça a tese patronal em detrimento do interesse defendido pelos trabalhadores e sim o de se afastar da matriz metodológica, típica do Direito Social, para se apegar em argumentos ligados à técnica da ponderação, que, abrindo a porta para a entrada de valores liberais, destrói toda a relevância histórica do Direito do Trabalho. A quebra da metodologia própria e essencial do Direito do Trabalho, que é a de ver a realidade social pelos olhos do trabalhador, vez que este representa a proeminência do humano na relação capital-trabalho, é facilmente verificável pelo próprio enfoque que se dá ao conflito posto em discussão, como se fosse fruto de interesses contrapostos situados no plano axiológico.

Verifiquemos, em situações concretas, esse autêntico desvio metodológico — que não é apenas, como seria na teoria de Alexy, uma opção decorrente de um "enunciado condicionado de preferência", devidamente fundamentado a partir de argumentos extraídos da teoria da argumentação jurídica e com respeito a uma avaliação empírica sobre o caso e sobre os efeitos da decisão —, para uma melhor compreensão do que se está dizendo.

4.4.1. Terceirização *legitimado por argumentos econômicos* *é um caso*

No que tange ao fenômeno que se convencionou chamar de terceirização, a jurisprudência, para legitimar a prática, parte de argumentos que são postos a partir do olhar exclusivo do interesse econômico. A terceirização é, assim, apresentada como técnica moderna de produção, fruto da reengenharia administrativa das empresas, inseridas num contexto de concorrência global, que lhes exige uma postura

(177) Texto publicado no Livro. Coleção O mundo...

de consentimento de custos e eficiência produtiva. A partir desses postulados, explica-se que uma empresa, para ser eficiente e global, deve preocupar-se com suas finalidades próprias, deixando, para "parceiras", outras que sejam periféricas ou menos importantes. É, assim, justificável, juridicamente, que uma empresa contrate (denominada, então, tomadora de serviços) outra para lhe prestar serviços (a prestadora de serviços), mesmo no interior do estabelecimento da primeira, em se tratando de serviços desvinculados da atividade primordial desta.

Independente de ser pessoalmente a favor ou contra a "terceirização" em si, o fato é que essa justificativa não encontra respaldo algum na Teoria Geral do Direito do Trabalho, inserido no contexto do Direito Social, pois que despreza o que seria fundamental, a perspectiva do trabalhador.

A pergunta que o jurista deve se fazer quando posto diante de realidades como esta é qual o efeito que essa situação provoca na vida dos trabalhadores, no que se refere, sobretudo, à eficácia de seus direitos?

Então, a realidade deve ser, necessariamente, examinada com os olhos do trabalhador, não sendo isso uma tomada de posição em favor do trabalhador individualmente considerado, mas o respeito ao método teórico próprio do Direito do Trabalho. Alias, não se perca de vista que a postura antes mencionada, que legitima a terceirização, mesmo se apresentada como imparcial, é claramente uma tomada de posição em favor do interesse econômico em detrimento dos trabalhadores, ainda que, como troco, entregue, ao final, a estes, a "garantia" da responsabilidade "subsidiária" do tomador de serviços com relação às dívidas trabalhistas constituídas pelo prestador, considerado o empregador.

Em concreto, nesta "técnica moderna de produção" há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas. Os "terceirizados" são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados, "efetivos"; usam elevadores específicos, almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, "não gerar vínculo".

Além disso, os terceirizados muitas vezes prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos. Ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem.

Neste sentido impõe-se a referência ao estudo feito por Fernando Braga da Costa, na dissertação de mestrado apresentada, em 2002, ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, "Garis — um estudo de psicologia sobre invisibilidade pública", que adotou o método de observação participante, que conduziu o autor ao

ofício de gari durante cinco anos, semanalmente, assumindo o pressuposto de que não seria possível conhecer o fenômeno da invisibilidade "a distância de quem vive por dentro sua ação corrosiva"⁽¹⁷⁸⁾.

A experiência se desenvolveu entre os "garis contratados pela Prefeitura da Cidade Universitária (USP)", os quais, na nomenclatura utilizada no Direito, denominamos, exatamente, de trabalhadores terceirizados da limpeza, que, concretamente, eram.

Relata o autor

Durante cinco anos, uma vez por semana, experimentei o dia a dia de homens que são garis da Cidade Universitária de São Paulo. Junto deles, trabalhei com eles sob as mais diversas condições. Testemunhei e atravessei episódios vários, situações de trabalho que me mobilizaram afetos e pensamento⁽¹⁷⁹⁾.

A partir da experiência vivida, o autor pôde constatar que:

O ofício de gari parece acentuadamente atravessado por um fenômeno de gênese e expressão subjetivas: a *invisibilidade pública* — espécie de desaparecimento psicossocial de um homem no meio de outros homens. Bater o ponto, vestir o uniforme, executar trabalhos essencialmente simples (como varrer ruas, cortar mato, retirar o barro que se acumula junto às guias), estar sujeito a repreensões mesmo sem motivo, transportar-se diariamente em cima da caçamba de caminhonetes ou caminhões em meio às ferramentas-ou-lixo, são as tarefas delineadoras do trabalho daqueles homens. Tarefas nas quais pudemos reconhecer ingredientes psicológicos e sociais profunda e fortemente marcados pela degradação e pelo *servilismo*. São atividades cronicamente reservadas a uma classe de homens subproletarizados, homens que se tornam historicamente condenados ao rebaixamento social e político⁽¹⁸⁰⁾.

E seu relato a seguir, mesmo sendo inserido em termos lógicos no contexto da advertência contida no presente trabalho, no sentido nefasto da terceirização, não deixa de impressionar:

No intervalo entre aulas no Instituto de Psicologia, foi preciso que eu passasse por dentro do prédio daquela faculdade. Imaginei, então, que vestindo aquele uniforme ali incomum — calça, camisa e boné vermelhos — fosse chamar a atenção de toda a gente: colegas de classe, professores, curiosos.

Entramos pela porta principal, eu e Antônio (um dos garis). Percorremos o piso térreo, as escadas e o primeiro andar. Não fui reconhecido. E as

(178) COSTA, Fernando Braga da. *Garis — um estudo de psicologia sobre invisibilidade pública*. Dissertação de mestrado apresentada, em 2002, ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo — resumo introdutório.

(179) *Idem*, p. 14.

de encurtamento de custos e eficiência produtiva. A partir desses postulados, explica-se que uma empresa, para ser eficiente e global, deve preocupar-se com suas finalidades próprias, deixando, para "parceiras", outras que sejam periféricas ou menos importantes. E, assim, justifica-se, juridicamente, que uma empresa contrate (denominada, então, tomadora de serviços) outra para lhe prestar serviços (a prestadora de serviços), mesmo no interior do estabelecimento da primeira, em se tratando de serviços desvinculados da atividade primordial desta.

Independente de ser pessoalmente a favor ou contra a "terceirização" em si, o fato é que essa justificativa não encontra respaldo algum na Teoria Geral do Direito do Trabalho, inserido no contexto do Direito Social, pois que despreza o que seria fundamental, a perspectiva do trabalhador.

A pergunta que o jurista deve se fazer quando posto diante de realidades como esta é: qual o efeito que essa situação provoca na vida dos trabalhadores, no que se refere, sobretudo, à eficácia de seus direitos?

Então, a realidade deve ser, necessariamente, examinada com os olhos do trabalhador, não sendo isso uma tomada de posição em favor do trabalhador individualmente considerado, mas o respeito ao método teórico próprio do Direito do Trabalho. Aliás, não se perca de vista que a postura antes mencionada, que legitima a terceirização, mesmo se apresentada como imparcial, é claramente uma tomada de posição em favor do interesse econômico em detrimento dos trabalhadores, ainda que, como troco, entregue, ao final, a estes, a "garantia" da responsabilidade "subsidiária" do tomador de serviços com relação às dívidas trabalhistas constituídas pelo prestador, considerado o empregador.

Em concreto, nesta "técnica moderna de produção" há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas. Os "terceirizados" são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados, "efetivos"; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, "não gerar vínculo".

Além disso, os terceirizados muitas vezes prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos. Ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem.

Neste sentido impõe-se a referência ao estudo feito por Fernando Braga da Costa, na dissertação de mestrado apresentada, em 2002, ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, "Garis — um estudo de psicologia sobre invisibilidade pública", que partiu do método de observação participante, que conduziu o autor ao

ofício de gari durante cinco anos, semanalmente, assumindo o pressuposto de que não seria possível conhecer o fenômeno da invisibilidade "a distância de quem vive por dentro sua ação corrosiva" (170).

A experiência se desenvolveu entre os "garis contratados pela Prefeitura da Cidade Universitária (USP)", os quais, na nomenclatura utilizada na literatura denominamos, exatamente, de trabalhadores terceirizados da limpeza que concretamente, eram.

Relata o autor:

Durante cinco anos, uma vez por semana, experimentei o dia a dia de homens que são garis da Cidade Universitária de São Paulo. Junto deles, trabalhei com eles sob as mais diversas condições. Testemunhei e atravessei episódios vários, situações de trabalho que me mobilizaram afetos e pensamentos.

A partir da experiência vivida, o autor pôde constatar que. O ofício de gari parece acentuadamente atravessado por um fenômeno de gênese e expressão subjetivas, a invisibilidade pública — espécie de desaparecimento psicossocial de um homem no meio de outros homens. Bater o ponto, vestir o uniforme, executar trabalhos essencialmente simples (como varrer ruas, cortar mato, retirar o barro que se acumula junto a guias), estar sujeito a repreensões mesmo sem motivo, transportar-se diariamente em cima da caçamba de caminhonetes ou caminhões com suas ferramentas ou lixo, são as tarefas delineadoras do trabalho dos garis. Tarefas nas quais pudemos reconhecer ingredientes psicológicos e sociais profunda e fortemente marcados pela degradação e pelo sofrimento. São atividades cronicamente reservadas a uma classe de homens subproletarizados; homens que se tornam historicamente condenados ao rebaixamento social e político (180).

E seu relato a seguir, mesmo sendo inserido em termos lógicos no contexto da advertência contida no presente trabalho, no sentido nefasto da terceirização, não deixa de impressionar:

No intervalo entre aulas no Instituto de Psicologia, foi preciso que eu passasse por dentro do prédio daquela faculdade. Imaginei, então, que vestindo aquele uniforme ali incomum — calça, camisa e boné vermelhos — fosse chamar a atenção de toda a gente: colegas de classe, professores, curiosos.

Entramos pela porta principal, eu e Antônio (um dos garis). Percorremos o piso térreo, as escadas e o primeiro andar. Não fui reconhecido. E o

pessoas pelas quais passávamos não reagiam à nossa presença. Talvez apenas uma ou outra tenha se desviado de nós como desviamos de obstáculos, objetos. Nenhum saudação corriqueira, um olhar, sequer um aceno de cabeça. Foi surpreendente. Eu era um uniforme que perambulava: estava invisível, Antônio estava invisível. Saindo do prédio, estava inquieto; era perturbadora a anestesia dos outros, a percepção social neutralizada.⁽¹⁸¹⁾

O autor, porque conhecia a todos no local ("amigos de turma, colegas, veteranos companheiros do time de futebol, parceiros do tênis de mesa, os professores"), tinha a expectativa de que alguém logo lhe diria, surpreso, "Que roupas são essas, Fernando?"⁽¹⁸²⁾

E essa, por certo, não era apenas uma percepção do pesquisador, posto em uma situação estranha a sua condição social. O texto retrata o fato de que semanalmente tinham que fazer a varrição junto ao restaurante dos professores e em certa ocasião, quando se dirigiam para o local, um dos "garis", Machado, estabeleceu o seguinte diálogo com o autor da pesquisa, Fernando:

— Vão lá só pegar o carrinho e a gente volta aqui mais pra cima, né?! Que essa hora fica chato a gente trabalhá lá.

Estranhei sua colocação. Perguntei,

— Como assim? Por que fica chato?

— Ah, esse pessoal aí. Sabe como é, né?! Eles passa, e a gente sempre ouve uns comentário. Às vezes uma palavra estraga o dia da gente.

— Do que cê tá falando, Preto?

— Eles humilham a gente, né? Então é melhor evitar contato. Pra gente não fica reprimido.

— Mas eles reclamam?

— Não. Eles nem olha na cara da gente. Mas é bom evitar, né?⁽¹⁸³⁾

Na sequência, o autor demonstra, com "riqueza" de detalhes, as péssimas condições de higiene do local onde os terceirizados faziam suas refeições; a completa falta de segurança do veículo utilizado para o transporte desses trabalhadores — transportados na carroceria de uma caminhonete (que é um local destinado a transporte de cargas), o rigor dos superiores hierárquicos, as cobranças de horário; o uso da força como táticas de opressão; a aceleração do ritmo de trabalho, consequência da redução do número de empregados contratados; a submissão pelo medo da perda do emprego, a partir da introspecção do argumento de que há coisa pior...

(181) *Ibidem*, p.15-16

(182) *Ibidem*, p. 62

(183) *Ibidem*, p. 14

Como revela o autor em sua experiência:

Mostrar que pensa, mostrar que se tem sentimentos pode valer uma demissão, pode ameaçar a sobrevivência da família. Trabalha-se para comer. Come-se para trabalhar. No final do mês vem a recompensa, pequena, miuda. Mas vem. É dinheiro pouco, mas fora daí recebe-se menos, então é preciso valorizar o pouco que se recebe.

No contexto da falta de emprego, e sem uma proteção jurídica verdadeiramente adequada, que se construa a partir do olhar do oprimido, ao terceirizado, quando se depara com condições de trabalho que agredem a concepção humana, o que resta é "dobrar-se e permanecer calado" ⁽¹⁸⁴⁾.

Conforme relata o autor:

Os garis têm medo realmente. Nas suas falas, nas suas atitudes, no seu olhar, o medo configura-se como traço marcante. É isso que Tiago salienta. Os garis sentem-se pequenos. Mesmo o amigo de anos, caso sua função assim exija, pode delatar qualquer um que desrespeite a norma institucionalizada. Diante da Organização Burocrática, todos parecem igualmente diminutos: chefes e subalternos. Os garis, a quem nunca é permitido deixarem a condição de pequenos, nunca mesmo, nesse caso tornam-se ainda menores ⁽¹⁸⁵⁾.

A experiência de Fernando Braga, em razão da proliferação do fenômeno da terceirização, acatado pela jurisprudência, pode ser reproduzida a todo instante nos mais diversos lugares, valendo até mesmo lançar a campanha de natureza humanitária "Já falou 'oi' para um 'terceirizado' hoje?" E pode ser até que se surpreenda a pessoa que tome essa iniciativa com o olhar desconfiado do trabalhador terceirizado, no qual já se inculcou a ideia da invisibilidade como critério necessário do correto exercício da "profissão" de "terceirizado", diante da preocupação de que talvez estivesse fazendo algo errado, pois, afinal, foi visto, ou mesmo que estivesse sendo vítima de alguma brincadeira sem graça daquele que estava lhe falando "oi".

Em certa ocasião, falei "bom dia" para um trabalhador (vigilante) que adentrou a sala de audiências onde trabalho, na 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, indagando seu nome etc., visto que era outro o vigilante, o Sr. Wilson, que normalmente frequentava o local. O vigilante em questão, Sr. Laércio, relatou-me que estava substituindo o Sr. Wilson em suas férias. Passado o mês, o Sr. Wilson voltou ao trabalho e veio me transmitir um recado do Sr. Laércio, no sentido de que em 15 (quinze) anos trabalhando como vigilante, nos mais variados locais — pois, em geral, atuava como "folguista", ou seja, como aquela pessoa que fica no lugar de outro vigilante quando este não pode ir trabalhar por algum motivo —, tinha sido a primeira vez que uma pessoa, considerada por ele como do "alto escalão", havia lhe dirigido a palavra.

Em outra situação, desta feita no prédio do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, quando estava subindo pelo elevador este parou em um andar e a porta precipitadamente se abriu. Do lado de fora foi possível ver apenas um balde vermelho precipitando a porta adentro, mas que abruptamente recuou, sobrevivendo, em seguida, conheci o balde. Pensei comigo este balde eu conheço. Mas, desta feita pude ver que com o balde, tinha uma pessoa, uma senhora, trabalhadora terceirizada. Indaguei-lhe se antes de sua resposta afirmativa indaguei a razão pela qual ela recuou. A sua resposta foi que eu vi que tinha alguém dentro do elevador e nós temos ordem expressa, de nosso empregador, de não entrar no elevador quando tiver alguém dentro.

E a terceirização, aqui considerada estritamente a contratação de uma empresa para execução de tarefas no interior do estabelecimento desta, não encontra limites para maltratar os trabalhadores.

Outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso é o da ficção que se cria em torno da irresponsabilidade concreta quanto a proteção do meio ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a um segundo plano, gerando um aumento sensível de doenças profissionais. E a jurisprudência fica discutindo, na ocorrência de um acidente, envolvendo um trabalhador terceirizado, quem pode ser responsabilizado pelo ocorrido, havendo mesmo proposições que negam a responsabilidade a ambas as empresas sob o argumento de que o empregador é a empresa prestadora, mas esta não é responsável pelo meio ambiente de trabalho, que pertence à tomadora, e esta, por sua vez, embora proprietária do meio ambiente não é a empregadora do acidentado, não tendo com ele relação jurídica específica.

Vale notar, também, a postura do tomador de serviços perante o trabalhador quando se constata que a empresa prestadora dos serviços não está respeitando os direitos trabalhistas. Age como se nada tivesse com a história. Os terceirizados não, assim, alvo de uma atitude indiferente do tomador dos serviços, que diz "não temos nada com isto". Quando muito demonstra uma certa compaixão "vamos ver o que podemos fazer..." Uma compaixão, às vezes, que se institucionaliza por iniciativa dos próprios empregados efetivos da empresa tomadora, na qual o terceirizado presta serviço, com a realização de uma espécie de coleta de dinheiro para "ajudar" o terceirizado.

O que não se percebe é que esta ajuda obscurece uma extrema perversidade que se forma na relação entre efetivos e terceirizados. A reação dos "efetivos", quando chega a compaixão, o que é raro, vale lembrar, já é muito. Não passa daí. Ou seja, insiste-se a ideia de que os terceirizados não compõem a classe dos trabalhadores. A luta de classes entre patrões e empregados, que impulsionou os caráter marxista, é completamente destruída. Os

efetivos não se identificam como membros da mesma classe que os terceirizados e estes, aliás, assumem uma condição de subtrabalhadores. Ademais, a partir de uma lógica estritamente matemática, na qual se baseia o capitalismo imediatista neoliberal, é exatamente a precarização dos direitos dos terceirizados que, de certo modo, garante o emprego dos efetivos, que, assim, quando não reagem por meio de uma ação sindical, contra a situação que é imposta aos terceirizados, assumem a postura do próprio explorador.

Nesta perspectiva não é exagero dizer que o acatamento da validade da terceirização não é apenas uma aberração dentro dos preceitos de Direito Social, é ao mesmo tempo um grave exercício de maldade e uma estratégia bastante concatenada para dividir a classe trabalhadora e extrair mais-valia também das relações entre o grande capital e pequenas empresas, de prestação serviços, atraindo ao imaginário de estarem integrando o segmento do capital. A terceirização, a subcontratação e o denominado trabalho independente mais que fenômenos, que se explicam como consequências naturais e inevitáveis da modernidade, são, em verdade, estratégias do capital para quebrar o antagonismo da classe trabalhadora, enquanto mantêm, com maior perversidade, a divisão da sociedade entre capitalistas, cada vez em menor número e mais ricos, e trabalhadores, progressivamente em maior número e mais pobres.

Falando, ainda, do aspecto específico das perversidades produzidas pela terceirização, que se concretizam em razão da forma abstrata como os juristas se postam diante da realidade, imaginando que estejam aplicando o Direito do Trabalho ao vislumbrar o problema com os olhos restritos dos interesses econômicos, vale relatar alguns situações concretas vivenciadas na prática judiciária, como a verificada no processo n.º 85/2009-4, com trâmite na 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP.

Sob o argumento retórico de que as mudanças dos locais e horários de trabalho são consequências naturais da dinâmica da atividade empresarial, o reclamante, um trabalhador terceirizado, foi submetido a condições de trabalho extremamente adversas, dificultando-lhe, sobremaneira, tanto a possibilidade de reaver seus direitos quanto a própria vida. Este trabalhador, dentro do limite de três testemunhas, imposto pela regra processual, não tem condições de encontrar uma pessoa que possa ter estado ao seu lado nos diversos locais de trabalho, nos horários e dias variados, em que seus serviços foram prestados, para comprovar sua versão quanto aos fatos ocorridos no trabalho. Em outras palavras, a fragilização do trabalhador terceirizado na realidade do trabalho perpassa para a relação processual, fortalecendo a lógica perversa da primeira.

Para se ter uma ideia mais clara do que se está tratando, pois os dados falam mais alto, vejamos o que se passou com aquele reclamante:

— de 11.07.2003 a 05.02.2004, trabalhou das 16 às 24h, em regime de 5x1;

— de 06.02.2004 a 19.09.2004, seu horário foi alterado para das 10 às 18h, em regime de 4x1;

- de 21.09.2004 a 09.12.2004, trabalhou das 22 às 6h, em regime de 5x1;
- de 10.12.2004 a 20.03.2005, passou para o horário das 18 às 6h, em regime de 5x1;
- de 21.03.2005 a 11.08.2005, voltou a trabalhar das 22 às 6h, em regime de 5x1;
- de 13.08.2005 a 26.03.2006, ficou na "base", cumprindo jornada de plantão das 18h ou das 18 às 6h, com revezamento a cada dois dias, em regime de 4x2, sendo que nos plantões podia ser designado para trabalhar em qualquer dos dias em que seu empregador prestava serviços;
- de 29.03.2006 a 20.06.2006, o reclamante, ainda na base, foi fixado no horário das 6 às 18h, trabalhando alguns dias em local diverso; e
- de 21.09.2006 a 07.08.2007, trabalhou das 18 às 6h, em regime de 4x2.

Cumprir, ainda, que nos regimes cumpridos, em sistema de revezamento, havia um dia preciso para a folga semanal, eliminando a utilidade social do dia de descanso — e a jurisprudência corrobora a situação, dizendo que o descanso semanal incorporado nos dias de folga, fixados em compensação das sobrejornadas cumpridas. Ou seja, a compensação pelas horas extras suprime, como passe de mágica, o descanso semanal remunerado.

Em outro processo (n. Processo n. 1012/2009-0 — 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí — integrado a uma série de vários outros idênticos) constatou-se que as trabalhadoras terceirizadas, que prestavam serviços em uma grande empresa multinacional — a maior do mundo no segmento produtivo —, eram escondidas no banheiro e lá permaneciam, durante várias horas, quando compareciam na sede da empresa clientes e fornecedores estrangeiros.

No processo n. Processo n. 1255/08-7 (3ª Vara do Trabalho de Jundiaí) restou comprovado que em uma grande empresa multinacional do setor de supermercados as trabalhadoras terceirizadas almoçavam no banheiro. A reclamante, assim como outras empregadas da empresa prestadora, que tinham como função realizar a limpeza das dependências da tomadora, faziam suas refeições no banheiro. E o pior nem foi isso — se já não fosse o bastante. O pior foi a justificativa da grande empresa para o ocorrido, no sentido de que ir almoçar ou jantar no banheiro teria sido uma opção das trabalhadoras, não tendo imposto, portanto, a situação, já que lhes franqueava, como a todo mundo, a praça de alimentação.

No processo n. 1033/2008-4 (3ª Vara do Trabalho de Jundiaí) constatou-se que os empregados, responsáveis pela coleta de lixo em um Município, almoçavam, ao sol, sentados no meio-fio das calçadas, com as condições de higiene que se faz supor de quem trabalha coletando lixo. E, novamente, o pior não fora o fato em si — se também já não fosse o bastante — e sim o argumento apresentado pelo empregador no sentido de que "inexiste determinação legal para que empregadoras que tenham trabalhadores que atuam em atividades externas (como as desenvolvidas pela Reclamante, serviços gerais e varrição) disponibilizem local para que estes realizem refeições/guardem refeições que tragam de casa", e que "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Em conclusão, a perversidade não integra a lógica da terceirização por acaso. Trata-se de um efeito que lhe deve integrar necessariamente, como consequência natural.

Sob o prisma da realidade judiciária percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador — aquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dada a intensa incidência dessa situação, passou a ser a Justiça do "ex-empregado de alguém, só não se sabe quem".

Isto porque, atendendo a uma lógica de quanto mais perversidade melhor, o feixe de fornecimento de mão de obra se amplia e o fenômeno da terceirização se transforma em quarteirização etc. Uma empresa contrata a outra para a execução do serviço e esta, por sua vez, contrata outra, acentuando, por óbvio, a lógica perversa da precarização. Aliás, este alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, desaparece, podendo-se vislumbrar também neste aspecto a incidência da lógica capitalista e a responsabilidade do grande capital, que impõe condições contratuais extremamente desfavoráveis, economicamente falando, às empresas prestadoras de serviço, que se veem obrigadas, para satisfação das exigências da concorrência, a precarizar as condições de trabalho de seus contratados. Essa observação é importante para deixar claro que não há aqui objeção de ordem moral com relação às empresas de prestação de serviços e sim ao fenômeno em si, que decorre de uma lógica perversa de um capitalismo desenvolvido sem os freios devidos do Direito Social e que faz várias vítimas, começando pelos trabalhadores.

Nesta linha se inserem, igualmente, os fenômenos da subcontratação, que é uma espécie de terceirização para fora, como diz Márcio Túlio Viana e o da "transformação" do trabalhador em "empreendedor", ou trabalhador independente, "parassubordinado", conforme se verá adiante.

A terceirização, ademais, cria o fetiche de que a exploração do trabalho alheio não se insere no contexto de atividade do "tomador de serviços". É como se o capitalismo, para se desenvolver, não mais precisasse da exploração do trabalho humano. A exploração se desloca do capital para o nível dos descapitalizados, que se exploram mutuamente, principalmente quando as empresas de prestação de serviços não são nada mais do que a aparente transformação do "capataz" em "empresário". A lógica interna da submissão, estabelecida tradicionalmente na estrutura hierarquizada da unidade produtiva, se desloca em nível horizontal nas relações entre grandes capitais e empresas descapitalizadas, que se alimentam da ilusão de não estarem sendo exploradas pela possibilidade de explorarem, elas, diretamente, o trabalho humano, o que serve para distanciar, física, jurídica e sociologicamente, o capital dos trabalhadores, dificultando a implementação da luta organizada destes em face daquele.

Recentemente, a Cosan — o maior grupo sucroalcooleiro do Brasil, que incorpora as marcas Da Barra, Esso, Mobil e União — foi incluída na lista suja do Ministério do Trabalho pela utilização de trabalho em condições análogas à de escravo em sua

de produção. Em fiscalização, ocorrida em 2007, 42 trabalhadores foram encontrados em condições semelhantes à de escravos na usina Junqueira, em Igarapava, norte de São Paulo.

A defesa da Cosan pautou-se pelo típico argumento que advém da perversidade da terceirização. A Cosan alegou que quem era a responsável por aqueles trabalhadores era a "empresa" Jose Luiz Bispo Colheita — ME, que prestava serviços na Usina.

E, para passar por vítima, apresentando-se para a sociedade como arauto da legalidade e do respeito aos direitos sociais, afirmou que assim que tomou conhecimento da situação tratou de excluir a "empresa", José Luiz Bispo Colheita — da sua lista de fornecedores.

Disse, ainda, que não houve trabalho em condições análogas a de escravos, mas apenas "más condições nas instalações físicas", argumento, aliás, que foi acatado pelo Judiciário trabalhista, para excluir a COSAN da lista suja. Na decisão judicial foi dito que "não há a inequívoca conclusão de que havia a redução dos trabalhadores à condição de escravos", pois não existem elementos que atestem que os trabalhadores tiveram restringidos o direito de ir e vir.

Na linha de acertar as coisas, o Ministro da Agricultura, Reinhold Stephanes, reforçou o argumento, vindo a público para dizer que a inclusão da Cosan na lista do Ministério do Trabalho foi um exagero e um erro. "Na minha visão, houve um exagero, além de exagero, houve um erro. A Cosan teve um problema há três anos, através de uma empresa terceirizada, de uma fornecedora, e a Cosan tem centenas de fornecedoras" — disse o ministro numa coletiva de imprensa sobre a balança comercial do setor agrícola. E, acrescentou: "A Cosan, na época, imediatamente resolveu o problema, assumiu e, embora o problema não fosse dela, o regularizou".

O episódio faz lembrar a trama de um dos filmes do cineasta francês, René Clair, *A Nós a Liberdade*, que sugere a possibilidade de não se questionar a origem purra da acumulação do capital quando a atividade empresarial, que dela decorre, torna-se produtivamente eficaz e lucrativa.

Ora, o que se extrai das manifestações do Judiciário e do Executivo é que não vale a pena pôr em risco uma atividade empresarial lucrativa, como a da COSAN, e, sobretudo, o projeto do Etanol no Brasil, por causa do desrespeito à condição humana de 42 trabalhadores.

Assim, de tudo o que restou foi a certeza de que todo o mal foi promovido, unicamente, pela "empresa" terceirizada, denominada, no caso, "fornecedora". E, ampliando-se a lógica da perversão da realidade e até provável que se venha a dizer que os verdadeiros culpados pela situação foram os próprios trabalhadores que aceitaram trabalhar nas condições que lhe foram oferecidas. Se não tivessem aceitado, nenhum problema teria ocorrido. Aliás, o maior atrevimento dessas pessoas foi o de terem nascido. Agora, que se virem com o álcool!

Mas, vistos os fatos sem as máscaras da perversidade, fácil verificar o quanto a terceirização contribuiu para a ocorrência da agressão aos Direitos Humanos e, pior, para gerar impunidade aos seus reais responsáveis.

Ora, não se pode deixar obscurecido o fato de que o capital é quem explora o trabalho e o capitalista, no caso, não é, por certo, a "empresa" José Luiz Bispo Colheita — ME. É mais que evidente que um José Luiz Bispo Colheita — ME não é detentor de capital suficiente para possuir 42 empregados e mais ainda para mantê-los em regime de escravidão moderna.

Não bastasse a evidência estampada no próprio nome, é possível comprovar o fato mediante simples pesquisa no "Google". Ver-se-á, então, que a dita "empresa", no resultado da pesquisa, aparece 392 vezes em notícias relacionadas à Cosan e em uma na condição de parte, no polo passivo, de uma reclamação trabalhista (Processo n. 587-2008-158-15-00-6, com trâmite na Vara do Trabalho Itinerante de Igarapava/SP), já em fase de execução. Consta que para adimplir seu crédito, o reclamante só conseguiu penhorar o seguinte bem do Sr. José Luiz Bispo: "01 (um) aparelho de som, com 2 caixas de som, marca Phillips, modelo FWM57, digital amplifier, MP3, Mini Hi-Fi System. Equipamento seminovo. Funcionando", avaliado em R\$ 850,00, em 21 de julho de 2009.

Pode, então, o Sr. José Luiz Bispo ser tratado como um "capitalista, explorador de trabalhadores"? Ora, não é preciso ser Sherlock Holmes para saber que o Sr. José Luiz Bispo, não sendo capitalista, foi tão explorado pela Cosan quanto os demais 42 trabalhadores. Ademais, tinha a Cosan amplas condições de saber que a precariedade da condição econômica do Sr. José Luiz Bispo geraria o completo descaso com os cuidados com as "instalações físicas".

Mas, nada disso deve ser dito às claras porque para os efeitos da realidade pervertida o que vale é a formalidade traduzida pelo fenômeno da terceirização, que, na situação em concreto, se põe a serviço do projeto nacional do Etanol e do interesse dos acionistas da Cosan. Dentro desse contexto, não houve exploração do capital sobre o trabalho e o escravagista (se é que uma escravidão tenha havido) foi o Sr. José Luiz Bispo. E, penalização econômica, com ressarcimento dos 42 trabalhadores pelos danos pessoais experimentados em razão da agressão sofrida, nem pensar! Afinal, o aparelho de som do Sr. José Luiz Bispo, que vale R\$850,00, está lá para ser penhorado.

A terceirização legitimou tudo isso, podendo ser, assim, definida como "a técnica moderna para o cometimento do crime perfeito contra os direitos dos trabalhadores e o desrespeito à sua condição humana!"

Situação parecida se demonstrou no Processo n. 00468-2007-082-15-00-8, com trâmite na 3ª Vara do Trabalho de São José do Rio Preto. A empresa SUCOCÍTRICO CUTRALE LTDA. contratou a "empresa" ANTONIO MARTINEZ CITRUS — ME, para a realização de serviços de colheita de laranja, servindo a intermediação como mecanismo para negar à trabalhadora o recebimento dos direitos decorrentes do serviço exercido.

No processo em questão outro ingrediente perverso surge: o da negação plena de qualquer vinculação com o "prestador" de serviços.

Mas, como dito na decisão proferida pela 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (AC. n. 069075808), o "Antônio Martinez CITRUS — ME era, meramente, um agenciador de mão de obra para colheita e plantio de laranjas. É

laranja e
alheia se
Cor
"Che
a irre
emp
men
A 2ª
lara
pess
que
A 2ª
de
Nes
suc
(186) "Ex
"A recet
Segundo
bilhões.
Como o v
que em 2
Esta, po
Garcia, p
vendas d
caracter
De acor
farelo d
exporta
Em enca
de suco
e Para
Somado
exporta
sinaliza
No Par
Segund
Estado
export
Esta d
investi
supren
"Isso s
o pote
afirma
Em 20
não co
(EUA
(187)
mesm

que virou 'pessoa jurídica', para implementar uma indústria que transforma suco em ouro, sendo que o segredo dessa alquimia é a exploração da mão de obra sem a devida aplicação dos direitos trabalhistas" conforme análise feita nos autos.

Chega mesmo a impressionar como a tática utilizada rendeu frutos, atraindo decisões judiciais favoráveis à irresponsabilidade da 2ª reclamada que até há pouco tempo atrás era uma das maiores empresas empregadoras no campo e agora mantém seu agnonegocio sem empregados (ou com numero muito menor), visto que estes foram transferidos para parceiros invisíveis.

A 2ª reclamada faz negócios jurídicos com proprietários das terras, que se comprometem a plantar laranja, e estes por sua vez, valem se de serviços dos antigos galos, pessoas físicas, transformadas em pessoas jurídicas, que agenciam mão de obra nas cidades do interior de São Paulo, formando 'turmas' que trabalham em diversas propriedades, colhendo e plantando laranja.

A 2ª reclamada busca com tal procedimento esquivar-se de qualquer responsabilidade pelo adimplemento de obrigações trabalhistas dessas pessoas que, no fundo, lhe prestam serviços.

Nessa onda de transformações, na perspectiva das reclamadas, tudo evolui: o 'gato' vira empresa, o suco vira ouro^{(100) (187)}.

100) "Exportação de suco terá receita recorde este ano" (Fonte: Valor Econômico, 06 de Dezembro de 2007). Segundo a Associação Brasileira dos Exportadores de suco de laranja baterá seu recorde histórico em 2007, com pouco mais de 50% acima do valor total apurado no ano passado (US\$ 2,3 bilhões). O volume vendido a outros mercados deverá alcançar 1,4 milhão de toneladas este ano, apenas 7% mais do que em 2006 (1,303 milhão), a forte alta do faturamento se explica pela valorização dos envios. Por sua vez, não é fruto somente da valorização das cotações internacionais. Conforme Ademerval Garcia, presidente da Abecitrus, também pesaram a agregação de valor proporcionada pelo aumento das demandas de suco não concentrado, mais caro, e pelas encomendas de suco concentrado e congelado com características específicas exigidas por alguns compradores. De acordo com Garcia, subprodutos do processo de fabricação do suco de laranja, como óleos essenciais e pó de polpa cítrica, por exemplo, já deverão representar uma receita adicional de US\$ 300 milhões nas exportações das indústrias da área em 2007. Em encontro com jornalistas ontem em São Paulo, o executivo também destacou o crescimento dos embarques de suco produzido em Estados como Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais, Bahia, Sergipe e Alagoas, todos já com fábricas processadoras. Além disso, eles deverão responder por embarques de 100 mil toneladas neste ano. Ainda é pouco perto do que se espera de São Paulo, que abriga o maior parque citrícola do mundo e representará todo o volume restante, mas sinaliza a consolidação de uma tendência de desconcentração. No Paraná, por exemplo, já há quatro grupos que apostam na citricultura, como informou ontem o Valor Econômico. Segundo Garcia, grande parte dos projetos fora de São Paulo conta com apoio das gigantes radicadas no Estado (Cutrale, Citrosuco, Louis Dreyfus e Citrovita), que inclusive fazem parcerias para garantir oferta exportável. Em Sergipe, outros quatro grupos investem no ramo. Essa desconcentração, confirma o presidente da Abecitrus, é, ao mesmo tempo, uma oportunidade de crescimento e uma necessidade para as grandes exportadoras. Mas, por enquanto, nada capaz de ameaçar a hegemonia paulista. Não só vai acontecer se de fato a atividade se desenvolver no Vale do São Francisco. Nesta região nordestina, a potencial produção de laranja no longo prazo chega a 300 milhões de caixas [de 40,8 quilos] de laranja", afirma o executivo. A produção em São Paulo gira em torno de 360 milhões de caixas. O aumento do volume vendido em 2008, Garcia admite que o aumento da receita das exportações perderá fôlego. "O aumento da oferta da Flórida não compensará a acomodação dos preços internacionais - decorrente, em parte, da recuperação da oferta da Flórida", que tem o segundo maior parque citrícola do mundo. "Mas o valor agregado fica", conclui. "O brasileiro José Luís Cutrale e sua família detêm 30% do mercado global de suco de laranja, quase a mesma participação da Opep no negócio de petróleo." (http://veja.abril.com.br/140503/p_038.html)

Mas, na perspectiva dos trabalhadores a lógica é inversa. O empregado, com direitos plenos, vinculado diretamente ao capital, e possibilidade de sindicalização, transforma-se em empregado precário de um prestador de serviços, uma ME, que não possui idoneidade econômica compatível com o número de trabalhadores que contrata.

Para concretização processual da tática perversa utilizada, a 2ª reclamada nega que o 1º reclamado lhe presta serviços, versão que este confirma, não se juntando aos autos seja o negócio jurídico firmado entre ambos (que, para todos os efeitos, não existe) seja o próprio contrato social do 1º Reclamado (que demonstraria a sua real atividade).

Mas, se o 1º reclamado não realiza serviços de colheita e plantio de laranja para a 2ª reclamada, então, para quem e para quê o faz? Para si mesmo, sem destinação específica das laranjas, afinal não consta que as comercialize ou as utilize na produção de sucos. Planta laranjas e depois as colhe pelo simples prazer?

Talvez os trabalhadores estejam apenas treinando para as Olimpíadas de Pequim sob o patrocínio do 1º Reclamado. E já imaginaram se algum sai vencedor, ganhando medalha de Ouro. Talvez aí a 2ª reclamada venha a público dizer que aquele trabalhador era seu empregado!!!, como fator de incremento do agronegócio.

Mas, esses trabalhadores, diante da carga de trabalho a que são submetidos, ganhando baixos salários, fixados por produção, estão muito mais para farrapos humanos do que para atletas.

O juízo de primeiro grau entendeu que a reclamante, uma trabalhadora rural semianalfabeta, como se constata às fls. 12, não se desincumbiu do ônus de provar que a segunda reclamada era a efetiva tomadora de seus serviços, inexistindo qualquer prova documental capaz de configurar tal circunstância.

Mas a reclamante, certamente, não teria condições de acesso à prova documental dos negócios realizados entre as empresas, ainda mais nessa hipótese em que o propósito é exatamente o de não demonstrar a relação entre a 1ª e a 2ª reclamadas. Exigir uma prova neste sentido da reclamante equivale, portanto, a negar-lhe o direito ao acesso à ordem jurídica justa. Daí porque o correto é impor às partes que alegam a inexistência da relação o ônus de tal demonstração, o que se apresenta muito simples, afinal, as laranjas colhidas tinham uma destinação. Qual era? Eis uma resposta simples de ser dada pelo 1º Reclamado, mas que não foi dada por este em nenhum momento no processo.

A questão é recorrente e se tem praticado também no agronegócio da cana-de-açúcar, tendo já merecido a devida reação do Tribunal do Trabalho da 15ª Região, no processo n. 32752/1999-ROS-3 (numeração antiga), oriundo da 1ª Vara do Trabalho de Araraquara, em que eram partes, como recorrente, a reclamante, Cleonice da Silva Barbosa e, como recorridas, as reclamadas, Usina Zanini Açúcar e Alcool Ltda. e R.B. Paiva & Costa Pederneiras Ltda., nos seguintes termos:

EMENTA. Terceirização. Relação entre a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços. Beneficiária dos serviços prestados. Responsabilidade da empresa tomadora. Ônus da prova. Trabalho rural. Havendo a execução de serviços de um trabalhador para uma empresa de prestação de serviços, presume-se que tais serviços foram executados no contexto empresarial de uma outra empresa tomadora dos serviços. Cabe às reclamadas o ônus da prova, no sentido de demonstrar para quem, concretamente, os serviços foram prestados, presumindo-se, na ausência de prova inequívoca em sentido contrário, de que os serviços foram prestados a quem o reclamante indicou na petição inicial. A exigência de que trabalhadores rurais provem quem se beneficiou do trabalho realizado somente seria satisfeita com segurança se fossem introduzidos BIPs teleguiados nos produtos por eles colhidos.

Vale perceber que tudo é muito bem concatenado para evitar a responsabilização da 2ª reclamada, deixando o trabalhador em uma terrível situação de desvantagem. Neste tipo de contratação, o trabalhador rural, não se limitando a ir para um único local. Não lhe é possível saber qual o nome da fazenda para onde vai e muito menos o nome do proprietário da fazenda. Essa dificuldade, imposta pelo negócio realizado, é proposital para que seja utilizada, posteriormente, nos processos.

A 2ª rec

SERVIC

E em aut

(fls. 81)

Tudo ar

não sabe

A milen

homem

Terra

Debulha

Recolhe

Forjar

E se fa

Decepa

Recolhe

Rouba

Se lan

Afaga

Conhe

Cio d

E fec

Não s

cond

corre

evita

Não

colha

Na p

a co

Do m

ao t

não

trab

(188) Vid

(Gênero

Direção

Produção

Carvalho

Figurino

Sociedade

segunda hipótese dos autos

1ª reclamada em sua defesa, bate repetidas vezes nessa tecla: 'QUAL O LOCAL ONDE PRESTOU SERVIÇOS (177)', indaga a 2ª reclamada em letras garrafais' (fls. 82)

Em audiência a reclamante é indagada sobre qual era o nome da propriedade e o nome do proprietário (fls. 81)

Tudo arranjado para se obter a resposta da reclamante previamente conhecida no sentido de que esta não sabe onde trabalhava nem quem era o proprietário das terras onde ia plantar e colher

A milenar atividade de plantar e colher da terra o fruto da vida e das mais nobres e essenciais para o homem, como ressaltado com rara felicidade por Milton Nascimento e Chico Buarque, em Cio da Terra

Debulhar o trigo

Recolher cada bago do trigo

Forjar do trigo o milagre do pão

E se faltar de pão

Decapar a cana

Recolher a garapa da cana

Rabiar da cana a doçura do mel

Se lambuzar de mel

Afagar a terra

Conhecer os desejos da terra

Cio da terra propicia estação

E fecundar o chão.

Não se pode reduzi-la a uma forma perversa de exploração, na qual se engendra a desconsideração da condição humana do trabalhador, não, exatamente, pela inaplicação de seus direitos trabalhistas correspondentes, mas pelo fato assumido de buscar realizar um negócio cujo propósito é, meramente, evitar qualquer tipo de vinculação com a pessoa que, no fundo, impulsiona a atividade

Não se quer muito. O que se pretende é, unicamente, que os trabalhadores rurais, que plantam e colhem, para que todos nós sobrevivamos, sejam respeitados como cidadãos.

Na perspectiva do Direito, plantar e colher deve ser visto como o cio da vida, propício para se fecundar a condição humana

Do modo como as coisas se passaram no presente processo, com a negação da vinculação da 2ª reclamada ao trabalho prestado pela reclamante, a sua condição humana foi negada. E como se o trabalho realizado não fosse executado por uma pessoa. É o trabalhador reduzido a mera força de trabalho. É a força de trabalho extraída de si mesma. É o homem que a produz? Bom, este virou suco¹⁷⁴⁹¹

E o percurso da perversidade da terceirização não encontra qualquer limite, aprofundando, de forma crescente, o fosso que separa os terceirizados da ordem jurídica protetora da dignidade humana

No setor de telefonia, por exemplo, já se tem efetivado a terceirização também nas denominadas atividades-fim.

Busca-se, é verdade, ~~apoiar~~ em um texto legal (art. 94, da Lei n. 9.472/97), mas, obviamente, ~~se a terceirização por si não resiste à aplicação concreta dos postulados jurídicos acima apresentados, mais esse efeito se dará com relação a citada lei, que vai na direção de uma terceirização sem limites e, pior, direcionada a um ramo específico da atividade econômica, o da telecomunicação, contrariando, pois, até mesmo, o necessário tratamento isonômico que mesmo as empresas merecem, por aplicação de preceito constitucional~~

A lei em questão, cumpre lembrar, adveio no bojo do espírito neoliberal do governo FHC, cuja atuação marcante foi a da privatização de inúmeras empresas estatais. Segundo destaca Grijalbo Fernandes Coutinho, "Ávido para dar cumprimento ao projeto neoliberal, entreguista, antissocial e afinado com as premissas do denominado *Consenso de Washington*, o governo FHC radicalizou na política de privatização de inúmeras atividades essenciais antes executadas pelo Estado brasileiro, promovendo, ainda, intensa terceirização de mão de obra em todos esses serviços."¹⁸⁹

Talvez o propósito das leis de privatização tenha sido o de conferir vantagens aos adquirentes das estatais para o fim de garantir investimento econômico nos setores respectivos, como se deu no caso das empresas de estradas de ferro e dos Bancos. O problema é que existe uma ordem jurídica, estabelecida a partir de postulados de preservação dos direitos fundamentais, que impede que os interesses econômicos prevaleçam sobre os Direitos Humanos. É neste sentido, alias, que se fixou, constitucionalmente, a regra do art. 170, que vincula a ordem econômica aos ditames da justiça social, isto sem falar nos arts. 1º e 7º, da mesma Carta.

É evidente, pois, que um inciso de um artigo de uma lei (inciso II, do art. 94, da Lei n. 9.472/97), mesmo visto como um preceito estabelecido para atender uma exigência econômica voltada a satisfação de um projeto privatizante, não pode constituir fundamento para quebrar toda a ordem jurídica que privilegia a eficácia dos direitos trabalhistas, valendo lembrar, neste sentido, que o art. 7º está inserto entre os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira.

De todo modo, deve-se mesmo pôr em questão a conclusão de que, de fato, o alcance do referido dispositivo fora esse de "autorizar" a terceirização sem limites na atividade de telecomunicações.

O texto em questão diz, unicamente, que "No cumprimento de seus deveres (...) II — contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implem

(189) COUTINHO, *op. cit.*, O direito do trabalho flexibiliz...

projetos associados" (art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97), sendo certo que a conceituação de serviço de telecomunicações, como "conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação", é trazida no art. 60 da mesma lei.

Não se infere dos respectivos dispositivos, portanto, a autorização para que a concessionária do serviço (mantido ao Estado o controle da atividade de telecomunicações) contrate outras empresas para uma simples atividade de intermediação de mão de obra.

Ora, uma coisa é a permissão legal para que a concessionária, vencedora do processo de licitação, contrate uma empresa para a execução das atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, tendo, portanto, know how próprio (além, é claro, de estrutura econômica e de especialização compatíveis com o serviço a ser realizado) outra, bastante diversa, é utilizar do permissivo legal em exame para permitir à concessionária efetivar uma intermediação de mão de obra em qualquer serviço atinente à sua própria dinâmica administrativa com o fim de garantir-lhe maior lucro (advindo da precarização dos direitos dos trabalhadores, objetos da intermediação, e sem gerar aos consumidores nenhum benefício adicional em termos dos serviços prestados).

É por demais importante perceber que a lei em questão em nenhum momento refere-se à terceirização, tal qual institucionalizada pela jurisprudência brasileira, e muito menos em mera intermediação de mão de obra. O que pretende a lei é permitir que grandes empresas, que desenvolvam tecnologia no setor, possam se associar à concessionária, em forma de parcerias, para melhorar o serviço ao cidadão, sem que isso signifique, por óbvio, qualquer tipo de ineficácia da rede de proteção jurídica trabalhista.

Só se chegou ao sentido de "terceirização de atividade-fim" a partir da leitura do dispositivo em questão em razão do espírito neoliberal que invadiu nossas mentes na década de 90 e que fora patrocinado, como dito por Grijalbo, pela "avalanche propagandista anunciada por 'formadores de opinião' a serviço do grande capital"⁽¹⁹⁰⁾, mas que hoje já se encontra decididamente afastada. Presentemente, a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Katia Arruda, em sucessivas decisões, tem deixado evidenciado, contrariando a visão flexibilizadora anterior, que os dispositivos do art. 7º, da Constituição Federal, devem ser interpretados no sentido de garantir a melhoria da condição social dos trabalhadores, não se permitindo, pois, às negociações coletivas extirparem proteções legalmente fixadas aos trabalhadores.

O fato concreto é que o texto legal em questão não autoriza a terceirização como mera intermediação de mão de obra às empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações, como, ademais, já se pronunciou, embora com outros argumentos, o Tribunal Superior do Trabalho.

Vide, a respeito, por exemplo, as decisões abaixo:

RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. SERVIÇOS INTEGRANTES DA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA. 1 — É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais,

notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II — Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação da valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego, conforme preconizado no caput e no inciso VIII do art. 170 da Constituição. III — Daí a razão de ter sido editada a Súmula n. 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei n. 6.019/74, ao art. 37, inciso II da Constituição e à Lei n. 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviço. IV — Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afora aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade-fim e sim na atividade-meio da empresa tomadora. V — Com essa diretriz, observa-se do inciso II do art. 94, da Lei n. 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade-fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da permissão ali contida de contratar “com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. VI — É que além de a norma permissiva se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não encontra respaldo na norma imperativa do caput e do inciso VIII do art. 170 da Constituição, visto que a suposta licitude de intermediação de serviço em área-fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei dos direitos a serem assegurados aos empregados cedidos, culminaria na desvalorização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego. VII — Fixado pelo Regional que o recorrido exercia a função de instalador e reparador de linhas telefônicas, sobressai incontestável a conclusão de ele inserir-se na atividade-fim da recorrente, a partir da correta exegese do art. 60, §§ 1º e 2º da Lei n. 9.472/97, de a instalação e reparação de linhas telefônicas serem serviços consubstanciais à atividade permanente, essencial e nuclear das empresas de telecomunicações. VIII — Com essa orientação jurídico-factual do acórdão impugnado, seria imperativa a conclusão sobre o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a recorrente, na esteira da primeira parte do item I, da Súmula n. 331, conclusão que se afasta, por conta da proibição da *reformatio in pejus*, em função da qual e de se prestigiar a decisão ali proferida sobre a sua responsabilidade solidária, a cavaleiro da *fraus legis* prevista no art. 9º da CLT e dos arts. 942 e 932, III, do Código Civil. Recurso conhecido e desprovido. — Grilou-se. (PROCESSO Nº TST-RR-146600-83/2007 5 03 0018, 4ª Turma, Ministro Relator Barros Levenhagen)

Não se admite a terceirização de serviços em atividades essenciais do empreendimento econômico, o que implica mera intermediação ilícita de mão de obra, ressalvada a hipótese de trabalho temporário, não verificada nos autos. Daí que o princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, II e IV, parágrafo único) ou dispositivos infraconstitucionais que autorizam a terceirização em nada divergem da construção jurisprudencial consubstanciada na Súmula n. 331, do Colendo TST. Saliente-se que a Lei n. 9.472/97, de 16.7.1997, notadamente em se considerando o disposto nos seus arts. 60, caput e § 1º, 94, II, e 154, não obsta o reconhecimento da ilicitude da contratação nem a responsabilidade solidária entre a 1ª ré e a Telemar, tendo em vista a presença de todos os requisitos essenciais para tanto. Este entendimento não configura infringência à referida Lei, tampouco ao art. 170 da CR/88, em razão de também se aplicar ao caso vertente o disposto na Súmula n. 331/TST, sendo certo que a edição de Súmula no TST precede rigoroso crivo de legalidade e constitucionalidade a fim de que reste efetivamente demonstrada a consonância do seu conteúdo com as demais regras do nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, a situação regulada na citada Lei é totalmente diversa da retratada nos autos, porquanto no presente feito restou caracterizada a ilicitude da terceirização. (PROCESSO Nº TST-RR 30800-57/2009 5 03 0108, Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga)

E, para demonstrar que em termos de terceirização o poço não tem fundo, vem o próprio Supremo Tribunal Federal e piora ainda mais as coisas para os terceirizados que prestam serviços no âmbito da Administração Pública

E inte
lateralment
sido encar
Procurador
obteve vito
referente a
Lei n. 8.66
em relação
destacar q
distritais.
foi conden
federativo
-membros
propor a A

Aliás,
como tam
Departame
de Jundia
São Paulo,
Município
Estados d
Grosso, M
do Norte,

Essa
pois, afin
terceirizad

Mas,
Constituc
constituci
ingresso n
concurso
temporário

De te
ser evitada
do Código
prestadora
direitos tra
por estes s
cobranças

(191) Nota d
sumula.

É interessante perceber que esse efeito fatídico de se deixarem os terceirizados literalmente na mão, provocado pela decisão do STF na já famosa ADC n. 16, tem sido encarado como uma "vitória" pelos entes públicos, como anuncia a nota da Procuradoria Geral do Distrito Federal. "A Procuradoria-Geral do Distrito Federal obteve vitória hoje à tarde, em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, referente à Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, referente ao art. 71, da Lei n. 8.666/93. A decisão afasta em definitivo a responsabilidade do Poder Público em relação a qualquer débito trabalhista e fiscal das empresas contratadas. Importa destacar que esta decisão implica a economia de milhões de reais para os cofres distritais, já que existem mais de 4 mil ações judiciais em quais o Distrito Federal foi condenado a arcar com dívidas de empresas que prestaram serviços ao ente federativo. A importância do tema se revela na medida em que todos os estados-membros, a União e diversos municípios se uniram à iniciativa pioneira do DF em propor a ADC." (19)

Aliás, é mesmo impressionante a quantidade de entes públicos que interferiram como "amigos" do Distrito Federal na referida Ação Direta de Constitucionalidade: Departamento de Trânsito do Estado do Pará, Município de Belo Horizonte, Município de Jundiaí/SP, Município de Arcoverde, Município do Rio de Janeiro, Município de São Paulo, Município de Juiz de Fora, Município de Santo André, Município de Goiânia, Município de Boa Vista, Município do Recife, Município de Belém, União Federal, Estados do Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rondônia, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

Essa situação revela que, de fato, estão todos unidos contra os "terceirizados", pois, afinal, segundo se quer acreditar, talvez seja a concessão de direitos aos terceirizados o que trava o desenvolvimento do país.

Mas, como dito pelo Ministro Peluso, na mesma Ação Direta de Constitucionalidade, a terceirização no serviço público não tem amparo constitucional. De fato, não há um dispositivo constitucional sequer a autorizar o ingresso na realização de serviços essenciais ao ente público se não for por meio de concurso público, salvo em situações de excepcional interesse público em caráter temporário, conforme já explicitado no V. II deste Curso (p. 316-325).

De todo modo, no mínimo, a responsabilização da Administração não tem como ser evitada, chamando-se à aplicação os arts. 932, 933 e 942 e seu parágrafo único, todos do Código Civil, dentre outros dispositivos, quando o ente público efetuar pagamentos à prestadora sem a devida fiscalização acerca do correto pagamento, por parte desta, dos direitos trabalhistas dos terceirizados, sendo certo, ainda, que os eventuais danos pessoais sofridos na execução de tarefas à Administração poderão ser ressarcidos em indenizações diretas a esta, como se dá, aliás, em várias outras situações.

Para se ter uma ideia, recentemente o Estado do Maranhão foi condenado a pagar R\$33 mil de indenização por danos morais a três pessoas de uma mesma família — pai e dois filhos — por agressão verbal e física que lhes fora desferida por policiais militares na saída de um clube na Vila Maranhão, fato que ocorreu em maio de 2004. A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça manteve a condenação de primeira instância.

Já a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve condenação contra o Estado, que deverá pagar indenização por danos morais e materiais a esposa e ao filho (R\$60 mil para cada, além de um salário mínimo por mês — a viúva receberá a pensão até a data em que o esposo completaria 65 anos e o filho, até atingir 24 anos, quando possivelmente já terá concluído os estudos superiores e estará apto a trabalhar) de um detento assassinado na penitenciária. O homem cumpria pena no Complexo Penitenciário I de Hortolândia e foi morto por outro preso da mesma cela.

De acordo com o voto do relator, Desembargador Oswaldo Luiz Palu, "a partir do momento em que o indivíduo é detido, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais e (ou) penitenciárias, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja por parte de outros detentos, seja por parte de terceiros" (Apelação n. 0201335-95.2008.8.26.0000).

A 20ª Câmara Cível do TJRJ, por sua vez, condenou o Estado do Rio de Janeiro a pagar R\$30 mil de indenização, por danos morais, a uma pessoa que foi atingida por uma bala perdida em março de 2007, no bairro de Bonsucesso, nas imediações da Linha Amarela. Segundo o relator do processo, Desembargador Marco Antonio Ibrahim, "Nos dias de hoje parece despropositado o entendimento de que, numa cidade como o Rio de Janeiro, o Estado não deva ser responsabilizado pelos diários episódios de balas perdidas que têm levado à morte e à incapacidade física milhares de cidadãos inocentes. Não se pode olvidar que, sendo a segurança um dever imposto constitucionalmente ao Estado, não há qualquer poder discricionário do administrador quanto a isso. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação".

E acrescentou "A verdade é que as decisões que deixam o Estado impune diante do grande descalabro que grassa na segurança pública de nosso Estado servem de efetivo estímulo para que a Administração permaneça se omitindo genericamente. Se o Estado não tem culpa, de quem será a culpa? Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Quando se multiplicarem as indenizações e os governos ficarem sem caixa para realizar obras e projetos que rendem votos, a situação se transformará drasticamente".

O que se pretende demonstrar com a apresentação desses exemplos é que a terceirização impõe uma lógica de atentados aos direitos dos trabalhadores e a desconsideração da sua condição humana, valendo-se da perversidade de se apresentar, meramente, como técnica moderna, inevitável e irreversível de produção.

CURSO DE

Além dis
trabalhadNa v
condição
mesmo t
trabalhad
trabalho e
a partir deOs p
terceirizaçPor e
avançado
autológico
são aquele
tomadora
atividade-f
que comp
contextoBem
estabelece
tomadora
(art. 6º), n
da terceirO fat
e a estrat
consequen

4.4.2. Dire

Outr
compreendPara
RECUR
demon
sem du
furtos
testem
verifica
aconte

(192) Co

Além disso, e ainda mais grave, serve para quebrar a solidariedade entre os trabalhadores, conforme adverte Marcus Orlone Gonçalves Correia⁽¹⁹²⁾

Na verdade, o único aspecto irreversível da terceirização é o rebaixamento da condição humana. Não há, concretamente, como criar um modelo jurídico que ao mesmo tempo legitime a terceirização e preserve a eficácia dos direitos dos trabalhadores, vez que sua lógica é a do mascaramento da relação entre o capital e o trabalho e somente se pode falar em eficácia do modelo de Estado de Direito Social a partir da responsabilização social do capital em sua relação com o trabalho.

Os projetos de lei que se apresentam como moderadores dos efeitos maléficos da terceirização são igualmente perversos, pois prometem algo que não podem cumprir.

Por exemplo, no projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, em estágio avançado de aprovação, tenta-se definir a terceirização e chega-se a pérolas tautológicas como a que consta do parágrafo único do art. 1º, "Serviços terceirizados são aqueles executados por uma empresa prestadora de serviços para uma empresa tomadora de serviços". Ou, a outras sem qualquer qualificador possível "Considera-se atividade-fim da empresa tomadora de serviços as funções e tarefas empresariais e laborais que compõem a sua essência, e que definem o seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico" (parágrafo único, art. 2º).

Bem verdade que o projeto tenta avançar na proteção dos direitos sociais, estabelecendo uma responsabilidade solidária, de natureza objetiva, da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes a terceirização (art. 6º), mas nenhuma disposição se destina a evitar os efeitos da utilização perversa da terceirização como especificado acima.

O fato concreto é que não há compatibilidade entre a vigência do Direito Social e a estratégia da terceirização, que, assim, deve ser conduzida, necessária e consequentemente, à órbita do ilícito.

4.4.2. Direitos de personalidade

Outro exemplo extremamente importante é o da forma como têm sido compreendidos os direitos de personalidade nas relações de trabalho.

Para essa abordagem, partamos dos termos da seguinte decisão *podendo ser entendido*

RECURSO DE REVISTA. REVISTA ÍNTIMA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. *In casu*, ficou demonstrado que a revista íntima perpetrada pela reclamada era dirigida a todos os seus empregados, sem distinção e, portanto, era um procedimento impessoal, uma rotina destinada a desestimular furtos na empresa. Registrou-se, ainda, que a mencionada revista ocorria em sala própria, sem testemunhas, e que era realizada por pessoa do mesmo sexo do empregado e sem contato físico. Assim, verifica-se que inexistia abuso de direito da reclamada na adoção de revista íntima, visto que esta acontecia de modo não vexatório. Deste modo, forçoso reconhecer que a revista íntima realizada pela

empresa não era constrangedora, e que se tratava de um direito seu, decorrente do dever de salvaguardar o patrimônio, motivo pelo qual não enseja indenização por dano moral. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (AIRR 1307440-75 2003 5 09 0001 Recorrente LOJAS AMERICANAS S.A. e Recorrido REGINALDO AUGUSTO DE SOUZA FRANCO Rel. Pedro Paulo Teixeira Manus. 7ª Turma do TST.)

Os termos da Ementa supracitada são autoexplicativos, mas carecem, ainda, de algumas informações adicionais. A aludida revista era feita, conforme demonstrado nos autos e exposto no Acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, da seguinte forma: "(...) A testemunha trazida pela parte autora, Roberban Neves (fls. 200/201) revelou que todas as vezes que os empregados tinham que sair do estabelecimento da ré, deveriam ser revistados. Declarou que, o procedimento de revista consistia em quem fosse sorteado ia até a sala para erguer a camisa, abaixar a calça, tirar o calçado e exibir o seu interior, bater nos bolsos e girar...; Que alguns seguranças mandavam abaixar as calças até a altura das coxas e outros até a altura dos joelhos. Que não havia contato físico entre o depoente e o segurança, a revista era feita visualmente. Com exceção dos gerentes todos os empregados passavam pela revista."

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região havia considerado que "a revista envolvia a figura da pessoa humana empregada, ou seja, daquela colocada sob o poder de comando de quem a remunerava. Desse modo, à evidência, o autor não poderia livremente manifestar sua vontade de concordar, ou não, com o procedimento imposto pela ex-empregadora, revelando-se, *venia permissa*, humilhante sujeitar-se a despir, ainda que parcialmente, as roupas e o calçado, expondo-se compulsoriamente perante outrem, afastando do corpo a calça, a blusa, as mangas e fim de evidenciar que sob elas o empregado nada vestia ou portava."

E complementou: "Não se justifica, portanto, a revista realizada aleatoriamente (por sorteio), e a humilhação que causa, uma vez que o empregado se sente previamente acusado, e obrigado a provar a sua inocência através da submissão à revista, na qual expõe partes do próprio corpo e o conteúdo dos bolsos de sua roupa."

Concluindo que "Entendo que a atitude adotada pela ré, ainda que não haja contato físico entre a pessoa que procede a revista e o empregado revistado, causava humilhação e constrangimento ao autor, abalando a sua honra e a sua dignidade, de forma que é devida a indenização compensatória."

As Lojas Americanas, que integraram o processo como reclamada, admitiram o fato da revista e argumentaram, em recurso interposto perante o C. TST, que "a maneira pela qual realizava revista íntima em seus empregados não afrontava a dignidade, a honra ou a intimidade da autora".

Julgando o recurso interposto, a 7ª Turma do TST, em Acórdão proferido em agosto de 2010, explicitou-se a noção de que para existir um dano moral "é necessária a demonstração de que o ato causado pelo empregador tenha abalado a imagem, auto-estima, reputação e honra do empregado", acrescentando que não basta que "o empregado se sinta ofendido, é necessário que haja um constrangimento no âmbito interno da empresa ou no âmbito social", para chegar à conclusão exposta na Ementa em epígrafe.

A conclusão foi reforçada pela citação de outra decisão do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, envolvendo a mesma empresa e tratando da mesma questão, que trouxe ao debate a figura do abuso do direito:

Com efeito, da análise dos autos se depreende que a vistoria foi objeto de regulamentação formal. A revista obedecia a critérios anteriores e objetivos, sendo procedida por meio de sorteio, fato incontroverso e de igualdade, vez que obstaculiza a possibilidade de discriminação entre os empregados.

A escolha do sistema de sorteio denota e ratifica, ainda, a finalidade objetivada pela Empresa com a revista, qual seja, a proteção ao seu patrimônio, e não a submissão deste ou daquele empregado a situações desumanas ou vexatórias.

Além disso, a realização de sorteio demonstra outro aspecto em relação à empresa, ausência de rigorismo sobre a questão, já que não eram individualmente revistados todos os empregados, de forma diária, como ordinariamente ocorre em diversos estabelecimentos.

Importante ressaltar, também, que o procedimento adotado para a vistoria era estritamente visual, não submetendo o empregado a toques físicos por parte do encarregado. Ademais, a revista era realizada individualmente, sem a presença de outros funcionários, por pessoa do mesmo sexo e em local apartado, preservando, assim, a individualidade do empregado. Logo, a submissão do obreiro ao sistema de revisão não impunha dano à sua honra, integridade ou intimidade.

()

Não há notícia de que tenha ocorrido excesso da empresa nos métodos de revista, nem há qualquer remissão a tratamento discriminatório dado a apenas um empregado no momento em que a empresa efetuou revistas com o fim de preservar o patrimônio, não tendo se verificado qualquer irregularidade na atuação da empresa, sendo impossível conferir ao empregado o dano moral, por se tratar tão somente do exercício atinente à administração negocial.

Faz-se essa digressão apenas com o fim de demonstrar que a prática, longe de ferir a dignidade e a intimidade da pessoa, é necessária e vem tradicionalmente sendo utilizada em diversos ambientes profissionais e comerciais, como em aeroportos, com o fim de combater o transporte de armas e drogas, ou nos Tribunais Superiores, com o fim de proteger a repartição pública também quanto a esse aspecto, da segurança de seus empregados.

De um modo ou de outro, deve estar demonstrado o abuso quanto ao exercício regular de um direito, não havendo como se caracterizar dano moral sem que estejam demonstrados os requisitos contidos no art. 159 do Código Civil atual art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E, no caso, não se pode ter como caracterizado o dano moral, porque inexistente ato ilícito ou abuso de direito do empregador, diante da moderada revista do empregado. A realização da revista mediante sorteio não constitui, por si só, motivo a provar o constrangimento, nem violação da intimidade da pessoa, além de restar consignado no v. acórdão recorrido que não havia contato físico e não havia exposição dos empregados.

Diante de tais circunstâncias, não há como se considerar configurado o dano moral, uma vez ausente a comprovação de que o empregado teria sido submetido a situação constrangedora ou vexatória, tendo havido apenas o exercício regular do direito da reclamada de defesa do seu patrimônio.

Incolumes os arts. 186 do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal. (TST-AIRR-17383/2004-652 (09-40), Ministro Aloysio Corrêa Veiga, DJ 09/10/2009)

Apresentada a questão, cumpre tecer algumas considerações.

O fato é que a questão pertinente às denominadas indenizações por "dano moral" tem sofrido um tratamento jurídico por demais equivocado na prática judiciária.

trabalhista e acredito que isto tenha se dado pela falta de compreensão da situação à luz do método jurídico trabalhista. É hora, pois, de mudar o rumo dessa história.

Tudo tem sido visto pelo aspecto da mera opinião e nesta perspectiva cada um se acha no "direito" de pensar o que bem entender. No entanto, a temática remete à técnica jurídica da proteção dos Direitos Fundamentais, que precisa ser compreendida para que seja obrigatoriamente aplicada, na medida em que não é dado a ninguém — e muito menos aos juizes na qualidade de aplicadores e difusores da ordem jurídica — negar a eficácia das conquistas jurídicas que buscam preservar e elevar a condição humana. Por detrás de uma pretensa livre manifestação de pensamento esconde-se, em verdade, uma completa falta de compreensão da técnica dos direitos fundamentais que está envolta nas decisões como a que ora se comenta, ainda que se apresente por argumentos pretensamente "doutrinários". Não se trata, pois, de uma objeção opositiva e sim da busca da demonstração da total ausência de fundamento jurídico de referidas abordagens.

Pois bem, o primeiro equívoco cometido sobre o tema em questão situa-se na própria nomenclatura utilizada. Com efeito, fala-se em "dano moral" para se referir às agressões aos direitos de personalidade que refletem um dano à pessoa, que tanto pode ser de natureza moral quanto física, intelectual ou mesmo social. Adotando a limitada denominação, dano moral, corre-se o risco de entender que quando o fato não atinge a integridade moral do indivíduo não se teria uma hipótese típica a ensejar uma indenização. É por este motivo que alguns juristas, como o Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, preferem a expressão dano pessoal, para designar esse fenômeno jurídico, justamente para abranger todas as hipóteses de dano ao indivíduo, seguindo classificação feita por Limongi França: integridade física, no qual se inclui o aspecto puramente estético, integridade intelectual, e, integridade moral, às quais o autor supramencionado acrescenta a integridade social.⁽¹⁹³⁾

Pode ser que a utilização da expressão "dano moral", como generalização das agressões aos direitos de personalidade, tenha se desenvolvido para estabelecer uma oposição ao denominado "dano material". Assim, se poderia visualizar a dupla feição de um ato danoso: a esfera material (patrimonial) e a esfera imaterial (extrapatrimonial) ou moral. Mas, ao assim se posicionar, a doutrina não apenas atribuiu a espécie a qualidade de gênero como também impediu a plena visualização do próprio gênero. De fato, o dano de ordem moral é apenas uma das faces do dano à pessoa em razão do desrespeito aos direitos de personalidade. Assim, pode haver dano a uma pessoa, em razão da agressão a um dos seus direitos de personalidade, sem que haja, necessariamente, um dano de ordem moral, que está ligado a valores como a honra, a intimidade, e a privacidade. Um atentado à integridade física de uma pessoa, por exemplo, representa, por si, um dano de ordem pessoal, sendo que eventual seqüela motora ou meramente estética significa um agravante do dano experimentado, mesmo que essa situação eventualmente não implique redução de sua capacidade laborativa e, conseqüentemente, um dano de ordem material.

(193) OLIVEIRA, *op. cit.* O dano pessoal no direito de personalidade.

Neste aspecto, para a configuração do direito a reparação, não se exige indagar a respeito de eventuais efeitos de ordem moral produzidos. Os abalos de ordem psíquica pelo dano experimentado encontram-se em outra dimensão, embora possam ser provocados pelo mesmo fato que gerou o dano à integridade física.

Visualizando a situação por outro exemplo imaginemos (para fugir da temática estrita do trabalho) uma pessoa que tenha sido assaltada e que, no ato, tenha levado uma coronhada na cabeça. Além do dano material, que é evidente pela perda patrimonial, o sujeito assaltado foi vítima de dano pessoal caracterizado pelo atentado à sua integridade física, que pode ser agravado por seqüela incapacitante e/ou estética. Além disso, pode decorrer da hipótese imaginada um dano de ordem moral caso a pessoa assaltada, por exemplo, fique psicologicamente abalada pelo fato, potencializando-se caso desenvolva algum tipo de síndrome.

Como se vê, um mesmo fato pode gerar vários efeitos danosos a uma pessoa na órbita não patrimonial, sendo o dano de ordem moral apenas uma de suas faces.

No que se refere à configuração do dano de ordem moral, propriamente dito, não se pode estabelecer como condição para sua configuração a repercussão perante terceiros. Esta repercussão insere-se na órbita da dimensão social do dano, como uma espécie de agravante do dano pessoal experimentado. Uma pessoa ser chamada pelo seu chefe por um apelido vexatório constitui, por si, uma grave agressão ao direito de personalidade pertinente ao nome, que é, inquestionavelmente, um direito inviolável de todo ser humano.

Nesta perspectiva, o que compete deixar claro é que as agressões aos direitos de personalidade se perfazem por si, importando a repercussão social apenas como uma circunstância agravante do dano experimentado.

Um terceiro aspecto a ser ressaltado, e o mais importante de todos, é que os direitos de personalidade são uma conquista da humanidade, estando ligados, portanto, ao homem enquanto entidade. Em outras palavras, quando lidamos com os direitos de personalidade é da própria condição humana que estamos tratando. Isto significa dizer que não se pode falar dos direitos de personalidade de uma pessoa especificamente. Assim, quando se vai verificar se um ato determinado constituiu, ou não, uma agressão aos direitos de personalidade, deve-se ter em mente o ser humano como uma entidade global, idealmente considerado.

A nossa capacidade de equacionar, em concreto, as pertinências temáticas das agressões aos direitos de personalidade vai determinar o nível da consciência em torno da nossa própria condição de seres humanos e, ao mesmo tempo, de sermos humanos. Não é propriamente do outro que estaremos cuidando, mas de nós mesmos e, por consequência, das relações humanas e da sociedade, enfim. Devemos, assim, projetar no outro a nossa própria existência. O ensinamento bíblico de que se deve "amar ao próximo como a si mesmo" ganha sentido preciso em se tratando da efetivação dos direitos de personalidade, que assim pode ser enunciado: "preserve a dignidade alheia como preservarias a tua".

Essa temática é tanto mais importante quanto se avolumam os elementos externos ameaçadores da dignidade humana: a busca do lucro, a concorrência, a dependência econômica, a fragilização de valores morais, que tendem a ser enunciados como atos inevitáveis e até necessários na sociedade capitalista. E aí o problema está em que o próprio sentido de dignidade humana vai se perdendo e as pessoas tendem a ceder no que se refere a si mesmos quanto à defesa de alguns valores da condição humana e buscam impor ao outro a mesma concessão.

Mas, de fato, não pode haver fragilização do raciocínio, em nenhum aspecto, no que se refere à essencialidade dos direitos de personalidade, pois o que está em jogo, repita-se, não é a eficiência econômica, mas a preservação e sobre-elevação da condição humana. De nada se poderá ter orgulho se como efeito do sucesso econômico destruirmos os valores essenciais da condição humana.

É neste sentido, para que as imperfeições subjetivas não impeçam a evolução objetiva da condição humana, que os direitos de personalidade se apresentam como irrenunciáveis.

Assim, deve chamar a atenção, de forma extremamente negativa, o ato de não se fazer concessões quanto a si ao mesmo tempo em que se aponta para a normalidade das agressões aos direitos de personalidade de outra pessoa.

Nas relações de trabalho esse tema ganha contornos até dramáticos, na medida em que alguns fatores externos ameaçadores dos direitos de personalidade tendem a se considerar legítimos em razão do elemento configurador da relação de emprego que é a subordinação. Aliás, é a própria doutrina trabalhista, apoiada em artigo expresso na CLT (art. 474), que professa a ideia de que a relação de emprego é uma relação de poder, atribuindo ao empregador até mesmo um poder disciplinador frente à conduta do empregado.

Como explicita Antônio Lamarca, a ideia de que existe um poder disciplinar do empregador sobre o empregado gerou o fetiche da existência de uma supremacia humana do empregador sobre o empregado.

Não é propósito, neste instante, pôr em questão a existência desse poder, admitida de forma quase unânime pela doutrina. Importa destacar que o limite desse poder, como também reconhecido pela mesma doutrina, é o interesse produtivo e está voltado, portanto, ao cumprimento das obrigações jurídicas assumidas pelo empregado frente ao empregador. Não diz respeito à vida íntima do empregado.

De todo modo, como se estava tentando demonstrar, a temática pertinente aos direitos de personalidade é pertinente aos seres humanos enquanto entidade e, neste aspecto, devem ser abstraídas as posições sociais das pessoas. Quando se avaliam os direitos de personalidade do empregado de fato não se avaliam os direitos de personalidade do empregado, mas do ser humano que, por acaso, ocupa na sociedade a posição jurídica de empregado. Em palavras mais claras, uma pessoa não perde a sua condição humana quando se torna um empregado e, portanto, a análise no caso concreto deve refletir toda a temática dos Direitos Humanos, que atinge a todo e qualquer cidadão.

Assim, devem valer para o empregado os mesmos pressupostos jurídicos pertinentes à efetivação dos direitos de personalidade. Esse é o pressuposto teórico necessário: o enquanto entidade cultural e histórica, devendo-se, portanto, avaliar os efeitos na perspectiva da preservação e elevação constante do atributo da dignidade humana.

O fato é que nenhum argumento externo aos direitos de personalidade pode lhe diminuir a potencialidade. Na esfera trabalhista, como se vê em diversos julgados, há a inserção indevida do argumento em defesa do direito de propriedade, mas a propriedade não é um direito fundamental. Embora esteja consagrado na Declaração Universal de 1948 que toda pessoa tem direito à propriedade (art. VXII), é evidente que esta é uma condição extrínseca, negada pela própria realidade, vez que a maioria da população não é proprietária.

Conforme explicado por Alceu Amoroso Lima⁽¹⁹⁴⁾, na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, seguindo uma linha evolutiva da humanidade, houve uma nitida deslocação hierárquica, que pôs em destaque o direito à vida e deixou em plano secundário o direito de propriedade. Em suas palavras: "Sociologicamente, notamos — nessa desvalorização relativa do direito de propriedade, em relação ao direito à vida, à liberdade e à segurança — o que se pode chamar, dentro de uma filosofia social sadia, de verdadeiro progresso social."⁽¹⁹⁵⁾

Trata-se, portanto, de grave equívoco invocar o direito de propriedade do empregador, no sentido de proteger seu patrimônio privado, para se proceder invasões sobre os direitos fundamentais dos empregados, ainda mais quando se adotam, para a legitimação dessas invasões, argumentos falaciosos e discriminatórios.

Vejamos, por exemplo, a hipótese acima mencionada.

a) Impessoalidade a decisão considerou que o fato de ser a revista íntima — reconhecida como tal — "dirigida a todos os seus empregados, sem distinção" representaria um "procedimento impessoal" e isso tornaria o ato legítimo. Ora, se a revista era íntima não há como dizer que era impessoal, a não ser que se considere os empregados como coisa e não como pessoas, que, efetivamente, são. Além do mais, o fato de ser dirigida a todos os empregados apenas potencializa o gravame, na medida em que sequer se tinha um mínimo de fundada suspeita a justificar o ato, que, de todo modo, nem com tal argumento se justificaria vez que não cabe ao particular exercer poder de polícia.

O que consta na sequência da Ementa chega mesmo a ser uma forma de agressão, ao se reconhecer que o procedimento estava justificado para "desestimular furtos na empresa", tornando todos os empregados, indistintamente, em criminosos em potencial, que deveriam se submeter ao procedimento tanto para "provar" a sua inocência quanto para não efetivarem aquilo que, segundo a decisão em comento, no fundo tinham a intenção de fazer, furtar o empregador.

(194) LIMA, Alceu Amoroso. Os direitos do homem e o homem sem direitos. Editora Vozes. Centro Alceu Amoroso Lima para a Liberdade. Rio de Janeiro, 1999, p. 64.

(195) Idem, p. 66.

A ideia embutida na decisão, de tornar um ilícito algo lícito a partir de sua adoção repetitiva, na perspectiva de um procedimento, grosseiramente falando, equivale a legitimar a ação de um "serial killer".

b) Não-publicidade da revista: a decisão sugere que se a revista for realizada em "sala própria", "sem testemunhas", está regular. Visto o argumento por outro ângulo, é possível extrair uma defesa dos procedimentos adotados nas salas de gás dos campos de concentração no Holocausto, onde tudo se passava em "sala própria", "sem testemunhas". Agora, sem exageros, como demonstrado acima, o fato de se partilhar com alguém a dor sofrida intimamente pela invasão da privacidade serve, unicamente, como elemento de agravamento do dano, não podendo ser, jamais, a ausência dessa publicidade, um óbice a sua configuração, vez que, assim, as agressões escamoteadas estariam perdoadas. Além disso, no caso em concreto, sequer o argumento da não publicidade poderia ser utilizado, pois era público e notório o fato da revista.

c) Revista por pessoa do mesmo sexo: restou dito na decisão referida, como argumento de legitimar a revista íntima praticada, que esta era realizada por "pessoa do mesmo sexo do empregado". Mas, afinal, o que esse argumento quer significar? Sinceramente, não consigo sequer entender. Será que se imaginou que a invasão da privacidade deve estar necessariamente ligada a uma relação sexual? Ora, não sendo um problema sexual, se alguém invade a privacidade alheia, pouco importa o gênero da pessoa, até porque as preferências sexuais não estão necessariamente ligadas a esta distinção.

d) Contato físico: da mesma forma, restou dito que a revista foi legítima porque não efetivada com "contato físico". Então quer dizer que se não encostar o dedo na pessoa alheia está permitida a invasão da privacidade? Sem comentários...

Não se pode esquecer que a revista em questão se procedia do seguinte modo: "o empregado sorteado ia até a sala para erguer a camisa, abaixar a calça, tirar o calçado e exibir o seu interior, bater nos bolsos e girar", sendo que "alguns seguranças mandavam abaixar as calças até a altura das coxas e outros até a altura dos joelhos" e os gerentes não passavam pela revista.

Ora, diante do fato relatado, os argumentos utilizados para legitimá-lo não são apenas juridicamente equivocados, constituem uma agressão à dignidade humana, mas não exclusivamente com relação aos empregados e sim com relação a toda a sociedade, afinal, o que restou decidido é que os direitos de personalidade, que se integram ao patrimônio da entidade humana, genericamente considerada, não seriam suficientes para inibir atitudes como aquela que fora adotada naqueles autos. Ou seja, o que se decidiu não foi apenas que aquele empregador não cometeu algum ilícito. O que se disse foi que todo procedimento análogo àquele, com relação a qualquer pessoa, estaria legitimado. Assim, poderíamos ser revistados ao sair de um supermercado desde que o proprietário nos escolhesse aleatoriamente e nos fizesse passar por uma sala própria, sem testemunhas, submetendo-nos a abaixar as calças (só até o joelho) e levantar a camisa, mas fazendo isso por pessoa do mesmo sexo, sem contato físico. E, da mesma forma, poderíamos nos submeter ao mesmo "procedimento", em bibliotecas, clubes etc., sem que nenhuma questão ligada à ordem pública estivesse em jogo, bastando apenas o argumento da defesa da propriedade, para que fôssemos desestimulados a cometer deslizes furtivos.

É evidente que ninguém considera que o atual nível da consideração da condição humana permitiria essa brutal invasão de privacidade. Aliás, nem mesmo os Ministros que cancelaram a decisão em comento discordariam disso.

E se assim é, resta evidente que a decisão referida constituiu uma agressão a toda a sociedade, a não ser que se imagine que os empregados não estejam integrados a esta mesma sociedade e que não ostentam a condição de seres humanos, com dignidade e cidadania.

Dentro dessa perspectiva, decisões com igual teor ao que ora se comenta, com evidente conteúdo discriminatório, estão fora do âmbito de um eventual debate jurídico, que comporta entendimentos, muitas vezes múltiplos, pois que interferem, de forma decisiva, na eficácia dos Direitos Humanos, ordem que transcende o poder jurisdicional de cada Estado. O Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito à eliminação das discriminações, podendo ser compelido por tal Corte a mibir a violação dos Direitos Humanos e até a reparar as consequências da violação desses direitos mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada (art. 63, Pacto de São José da Costa Rica)⁽¹⁹⁸⁾.

4.4.3. Acidentes do trabalho

Essa mesma abordagem atinge as questões pertinentes aos acidentes do trabalho, que representaram, cumpre lembrar, a questão social mais decisiva para a formação da racionalidade do Direito Social e que motivou a transformação da teoria da responsabilidade no próprio âmbito do Direito Civil, para se chegar a noção de responsabilidade pelo risco criado e conferir, então, reposta jurídica adequada a este fenômeno que se considerava produzir efeitos típicos de uma guerra.

Não tem o menor sentido, pois, tentar limitar a responsabilidade do empregador pelo argumento da necessidade da comprovação de culpa cometida por este, pois isso equivale a negar toda a construção teórica em torno do Direito Social, que foi buscada, sobretudo, para resolver os problemas advindos dos acidentes do trabalho.

Muito menos ainda se justifica a fixação de eventuais condenações de reparação em função do valor do salário do trabalhador, o que representa dizer que a dignidade humana pode ser valorada em conformidade com o poder econômico de cada um, o que, por certo, não está agasalhado nas concepções do Direito Social, que rechaçam qualquer tipo de discriminação.

Explica Rodolfo Pamplona Filho, com apoio em Carlos Alberto Bittar, que a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal é uma diferença de

⁽¹⁹⁸⁾ ... vide PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano

grau e não de substância, considerando-se que na responsabilidade civil é "menor a extensão da perturbação social", sendo suficientes neste caso "as sanções civis (indenização, restituição *in specie*, anulação do ato, execução forçada etc.)" (197).

Decorre dessa diferença, conforme Pamplona, a possibilidade de responsabilização civil e penal por um mesmo fato sem que isto represente "bis in idem", quer dizer, repetição indevida de pena pela ocorrência do mesmo ilícito.

Pamplona destaca que em termos de responsabilidade civil, o nosso sistema civil abraçou a teoria subjetivista, que exige a comprovação de dolo ou culpa do agente causador do dano para a sua responsabilização, ainda que, em certas hipóteses excepcionais, que serviriam apenas para a confirmação da regra, a responsabilidade seja objetiva, isto é, advenha independentemente de culpa, com se dá no acidente do trabalho (art. 21, IV, da Lei n. 8.213/91).

Mas, na linha dos ensinamentos do próprio Pamplona, quando adverte que o estudo da responsabilidade civil é um estudo interdisciplinar e que adquire, segundo Maria Helena Diniz, "naturais adaptações conforme aplicável ao Direito público ou privado", o que se extrai do conjunto normativo é noção de responsabilidade social objetiva do empregador por danos sofridos pelo empregado em decorrência dos acidentes do trabalho.

Como adverte Sebastião Geraldo de Oliveira⁽¹⁹⁸⁾, "onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é chamada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio". A responsabilidade civil, socorrendo o lesado e penalizando o causador do dano, trata-se de importante instrumento de "harmonização social"⁽¹⁹⁹⁾.

No que tange ao acidente do trabalho, especificamente, segundo Sebastião Geraldo de Oliveira⁽²⁰⁰⁾, em virtude do advento do Decreto n. 24.637/34, excluiu-se a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho uma vez que o referido decreto instituiu o seguro obrigatório para indenização do acidente do trabalho.

No entanto, ainda sob sua análise, reconhecendo-se que a reparação advinda da aplicação do Decreto n. 24.637/34, que teoricamente teria vindo para proteger o trabalhador, muitas vezes era inferior à prevista no Código Civil, em 1944, o Decreto-lei n. 7.036/44 buscou corrigir o equívoco, mas o fez apenas parcialmente. Com efeito, este texto normativo estabeleceu a possibilidade de se adquirir também a reparação do Código Civil quando provado o dolo do empregador ou de seus prepostos.

Coube, então, à jurisprudência avançar na matéria. Assim, o Supremo Tribunal Federal, ampliando os termos da lei, editou a Súmula n. 229, com o seguinte teor: "A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador."

(197) PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado. In *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Vol. 64, ago/03, p. 26.

(198) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 1998, p. 209.

(199) *Idem*, p. 209.

(200) *Ibidem*, p. 210.

Mas, remanesceu discussão quanto a saber se a indenização civil era, ou não, suplementar à indenização acidentária, isto é, se a primeira poderia sofrer redução em decorrência do pagamento da segunda. Além disso, embora tenha trazido ao tema a noção de culpa, a Súmula n. 229 do STF fez referência à "culpa grave", dando margens à discussão a respeito de qual seria, em cada caso concreto, a potencialidade da culpa.

Tempos depois, segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, o Decreto-lei n. 7.036/44 foi revogado e nova lei silenciou-se a respeito, advindo a discussão sobre a aplicação da Súmula n. 229, prevalecendo, no entanto, após hesitações, o entendimento favorável ao concurso das duas indenizações, sem-qualquer-compensação⁽²⁰¹⁾.

O que o Decreto n. 24.367/34 estabeleceu foi a obrigatoriedade do empregador de efetuar depósito ou instituir um seguro denominado social, mas que era de fato privado, embora precisasse ser certificado pelo Departamento Nacional do Trabalho, para garantir o pagamento de indenizações fixadas no mesmo Decreto pela ocorrência de acidente do trabalho, pressupondo a responsabilidade objetiva do empregador, ou seja, não se perquirindo sobre o elemento culpa para que o empregado acidentado, ou seus sucessores, na hipótese de morte do acidentado, recebesse a indenização. Mantinha-se, assim, a tradição já vinda desde a Lei n. 3.724, de 1919, quanto a responsabilidade objetiva do empregador, a partir da teoria do risco, com relação aos acidentes do trabalho.

Como dizia Joaquim Pimenta⁽²⁰²⁾, tratando de fatores que poderiam eximir o empregador de responsabilidade pela ocorrência de um acidente do trabalho,

Nos acidentes de trabalho não se leva mais em conta a imprudência ou a negligência da vítima, uma e outra resultam de fatores psicológicos que as tornam frequentes e inevitáveis, como a fadiga, o automatismo psíquico pela continuidade de execução do serviço, até mesmo a capacidade técnica do trabalhador, que o familiariza e o faz cada vez mais desatento com o perigo.

Assim, a menção à indenização do Código Civil, referida na Súmula n. 229 do STF, não implicava, de fato, em afastar a responsabilidade objetiva do empregador e sim em constituir uma indenização adicional, considerando-se a pequena monta da indenização oficializada, para os casos em que o empregador agisse com dolo ou culpa grave, pois não se poderiam equiparar as duas situações.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se verifica, portanto, é a reprodução da mesma lógica, garantido-se aos trabalhadores o direito a um "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa", não se exigindo mais, para esse segundo aspecto, que a culpa fosse "grave".

O inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal, assim, fixa, de forma clara, a responsabilidade objetiva do empregador pelos acidentes do trabalho. A referida norma não prevê que a responsabilidade do empregador por acidente sofrido pelo

seu empregado seja apenas decorrente de ato culposos. Ao contrário, o que o dispositivo diz, expressamente, respeitando a tradição histórica, é que os trabalhadores têm direito a um "seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador", o que significa que a Constituição garantiu aos empregados a obtenção de uma reparação pelo acidente, por meio do recebimento da indenização do seguro, sem necessidade de avaliar eventual culpa do empregador, sem a possibilidade, é claro, de se eliminar esse direito por intermédio do argumento da culpa exclusiva da vítima, conforme argumentos muito bem postos por Joaquim Pimenta, acima expressos.

O seguro em questão, por certo, não é o seguro social, pois, como diz a Constituição, ele será instituído ao encargo do empregador e não da Previdência Social, muito embora a Previdência Social garanta aos trabalhadores benefícios específicos para os acidentes do trabalho, mas que não são, a toda evidência, indenizações pelo acidente. Além disso, o custo previdenciário adicional pago pelo empregador em virtude do grau de risco está ligado aos valores acrescidos dos benefícios acidentários e, sobretudo, à ausência de carência, e não à satisfação da obrigação fixada no inciso XXVIII, do art. 7º, que constitui, como dito, um direito dos trabalhadores.

Não tendo o empregador efetivado o seguro, deverá, então, arcar, diretamente, com a reparação do dano. Com seguro, ou não, a indenização recebida pelo empregado não elimina a possibilidade de receber outra, como diz o texto em análise, que será devida em ocorrência de culpa ou dolo do empregador. Assim, se o empregador cumpriu todas as suas obrigações pertinentes a eliminar ou minimizar os riscos no meio ambiente do trabalho, a sua responsabilidade pode ser limitada ao montante do seguro (desde que compatível com a lesão e leve em consideração os aspectos materiais e morais pertinentes) ao contrário de outro empregador, que não tendo tido os mesmos cuidados, se sujeita a pagar mais uma indenização avaliada na perspectiva de sua conduta culposa ou dolosa, o que é, ademais, perfeitamente justificável até como forma de equilibrar de forma isonômica a relação entre os empregadores.

Desatentas ao devido respeito à norma constitucional, pela falta da plena aplicação do método do Direito Social, que põe em primeiro plano a perspectiva do trabalhador, doutrina e jurisprudência permaneceram tratando do tema pondo em discussão o elemento culpa do empregador, fazendo transparecer, até, que o fato de se encontrar algum argumento positivista para se chegar à responsabilidade objetiva representava uma postura progressista.

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, novamente, a jurisprudência e a doutrina buscaram "avanços" no tema em questão, defendendo a aplicação da responsabilidade objetiva para a reparação civil do dano decorrente do acidente do trabalho, por aplicação da teoria do risco da atividade, incrementando "um processo de humanização e objetivação da teoria da responsabilidade civil"⁽²⁰³⁾.

(203) A respeito, Maria Helena Diniz, citada por Sebastião Geraldo de Oliveira, afirma que "todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade para que o prejuízo seja atribuído ao responsável".

Adverte Sebastião Geraldo de Oliveira que a teoria da responsabilidade objetiva pode ser apoiada em diversas previsões normativas: art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal (danos nucleares), art. 225, § 3º, da Constituição Federal e art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (danos ao meio ambiente), e art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (danos aos consumidores).

Até que veio o novo Código Civil, dando novo embalo às discussões.

O parágrafo único do art. 927 estabeleceu ser objetiva a responsabilidade civil nos casos especificados em lei ou "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Vale verificar que o texto de lei não faz menção a risco físico, mental etc., mas a risco para "os direitos", o que parece bem mais amplo, na medida em que atinge, igualmente, um direito patrimonial por exemplo.

Assim, aquele que, nos limites do art. 186, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ou, nos termos especificados no art. 187, exercer excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito e "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", será responsável, objetivamente, a reparar o dano gerado (art. 927).

Tem-se, assim, mais um argumento a favorecer a efetiva proteção jurídica do empregado em casos de acidentes do trabalho. Ora, considerando-se que o acidente do trabalho é fruto do risco da atividade, isto é, das condições de trabalho que são impostas pelo empregador ao empregado, fácil apontar a pertinência da aplicação desses dispositivos como fundamento da responsabilidade civil objetiva para a reparação do dano sofrido pelo empregado em decorrência do acidente do trabalho. Em termos precisos, o que o Código Civil trouxe, portanto, foi a consagração da tendência doutrinária e jurisprudencial de adotar a responsabilidade civil objetiva na hipótese de acidente do trabalho.

Mas, como se está dizendo, mediante explicação histórica, o acidente do trabalho é um fenômeno de grave repercussão social e não está ligado às questões dos interesses privados, regulados pelo Direito Civil, o qual, é verdade, como visto, tem seguido a tendência de se integrar ao contexto do Direito Social. Mas, tradicionalmente, o acidente do trabalho não foi cuidado na perspectiva do Direito Civil. No caso brasileiro, por exemplo, embora o acidente do trabalho possa até ser considerado um "instituto jurídico", pois que tratado expressamente em diversas passagens legislativas, não possui uma menção sequer em todos os vários artigos do Código Civil. A questão é que o acidente do trabalho é tratado na perspectiva do Direito Social, até porque foi o fato histórico que lhe deu origem. Seria, é verdade, fundamento

para a alteração da própria base do Direito Civil, mas isso não se concretizou, por enquanto. Então, buscar o Direito Civil e suas regras privatistas, para tratar do acidente do trabalho, e com isso negar a reparação concreta ao trabalhador acidentado, ou aos seus sucessores, representa negar toda a história das construções jurídicas que se construíram para não permitir que o capitalismo continuasse produzindo mutilados impunemente. Nega-se o importante avanço da consciência jurídica em torno desse grave problema da relação entre o capital e o trabalho e faz parecer um conto de fadas a própria história da humanidade.

O desrespeito ao estudo histórico do Direito, que repercute na total falta de percepção quanto ao método jurídico trabalhista, ainda mais se revela quando as regras jurídicas são explícitas no sentido da proteção do ser humano trabalhador e o intérprete, simplesmente, se recusa a enxergá-las e, conseqüentemente, a aplicá-las.

Com efeito, parcela da doutrina e da jurisprudência tem negado a adoção da responsabilidade objetiva para reparação civil dos acidentes do trabalho sob alegação de que a Constituição Federal, no inciso XVIII, do seu art. 7º, ao cuidar do tema foi expressa no sentido de que o empregador está obrigado a pagar indenização ao empregado, em decorrência de acidente do trabalho, quando "incorrer em dolo ou culpa". Assim — passem —, sequer a norma infraconstitucional, trazida no Código Civil, que alude a uma responsabilidade objetiva, não teria aplicação para reparação de acidentes do trabalho, vez que atribui uma responsabilidade ao empregador além dos limites fixados na Constituição, a qual exige, como dito, dolo ou culpa.

O argumento é falacioso. Primeiro, o inciso XVIII, do art. 7º, da CF, não é uma garantia para o empregador, e sim um direito do empregado. Vide, expressamente, o que consta do *caput* do dispositivo em questão "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais..."

No sentido evolutivo, não se pode deixar de atribuir à norma em questão uma preocupação em eliminar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que tendiam a compensar a indenização de natureza civil com o valor do benefício previdenciário e a restringir a responsabilidade civil às hipóteses de culpa grave, e que dificultava, em concreto, a reparação do dano advindo de acidente do trabalho.

Além disso, o *caput* do art. 7º também deixa claro que os direitos que relaciona não excluem outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores. Ora, sendo óbvio que a declaração da responsabilidade objetiva dos empregadores constitui a ampliação da proteção da integridade física e moral dos trabalhadores, a regra do art. 927 do Código Civil — se de fato fosse necessário — não tem porque deixar de se aplicar ao acidente do trabalho, para ampliar a proteção jurídica ao trabalhador.

Como, ademais, a Constituição prevê direitos aos trabalhadores de caráter mínimo (como dito expressamente no *caput* do art. 7º), não é próprio ao Direito do Trabalho negar a aplicação de normas infraconstitucionais que ampliem a proteção jurídica ao trabalhador, até porque a vida deste não vale menos que a de qualquer outro cidadão, que, eventualmente, seja atingido pelo mesmo fato gerador do acidente e, não sendo empregado, tenha, em sua proteção, a regra do art. 927, do Código Civil, estendendo ao trabalhador o inciso XVIII do art. 7º da Constituição.

E para além da regra do art. 927 do Código Civil, vale mencionar, também, o inciso XXII, do mesmo art. 7º, que prevê o direito dos trabalhadores à "redução dos riscos inerentes ao trabalho", o art. 170, da CF, que prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, assegurando a todos "existência digna, conforme os ditames da justiça social"; e o art. 1º, incisos III e IV, da CF, que estabelece, como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Não tem o menor sentido afirmar que o tal "sistema jurídico" confere proteção privilegiada ao trabalho e ao mesmo tempo chegar ao resultado que, em concreto, oferece uma indenização decorrente de responsabilidade civil objetiva a relações não trabalhistas e negar efeito equivalente aos danos experimentados por outro ser humano, adotando-se como fator de *discrimen* a sua condição de empregado.

A negação da responsabilidade objetiva nos casos de acidente do trabalho é tão absurda que pode gerar, por exemplo, a hipótese de que em um acidente de avião, à empresa de aviação se atribua responsabilidade objetiva de reparar os danos das vítimas (passageiros), mas com relação aos empregados (tripulantes), vítimas do mesmo acidente, a reparação somente se daria apenas mediante prova de dolo ou culpa.

Como adverte Rodolfo Pamplona Filho, em tom de desabafo

Parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que, por força de lei, assume os riscos da atividade econômica e por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados. Ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa.

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilidade objetiva, teria um direito a responder subjetivamente. Desculpe-nos, mas é "muito para o nosso fígado" (204).

Recordem-se, a propósito, as disposições legais, mencionadas por Sebastião Geraldo de Oliveira, referidas acima, que atribuem responsabilidade objetiva aos causadores de dano nuclear, ao meio ambiente e aos consumidores. No que tange aos consumidores, a propósito, impressiona como a interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porque vai ao encontro dos anseios dos operadores do Direito, autênticos consumidores, e também porque atende a finalidades da economia de mercado, não sofrem tantos empecilhos quanto as normas de proteção ao trabalhador.

É negar reparação ao trabalhador, que perdeu parte de seu corpo no exercício de um trabalho em benefício econômico de outrem, sob a alegação de que o trabalhador "cometeu ato inseguro", equivale a se remeter à ordem jurídica do século XIX, que foi superada ainda no mesmo século XIX em virtude de alterações introduzidas no âmbito do próprio Direito Civil. Os argumentos expressos por Joaquim Pimenta, em 1944, acima mencionados, deixam claro o equívoco desse tipo de abordagem sobre o problema dos acidentes do trabalho.

Vale acrescentar que a mesma lógica de negação da eficácia das regras de proteção ao ser humano não se tem aplicado com relação aos consumidores. Veja-se, por exemplo, o que se passou, recentemente, com o veículo modelo Fox, da Volkswagen, que tinha um problema no mecanismo de rebaixamento do banco traseiro e que gerou algumas mutilações de parte de dedos de seus proprietários. Mesmo alegando que os proprietários cometeram ato inseguro, por não se aterem ao procedimento expressamente esclarecido no Manual, a Volks foi multada em R\$3 milhões, assinando, ainda, um Termo de Ajuste de Conduta, para realizar o recall de 477 mil veículos, isto porque o mecanismo não poderia gerar o risco de mutilações mesmo se acionado de forma equivocada, pois, em última análise, a empresa estava expondo os seus consumidores a um grave risco.

É evidente que com relação aos trabalhadores não pode ser diferente, ainda mais porque estes se colocam diante de um procedimento de trabalho durante várias horas a cada dia e é natural, e humano, que um dia cometam algum erro, mas o erro que cometam não pode representar diminuição concreta de sua integridade física. Se isso se dá não é em virtude do erro, mas do risco que estava presente na atividade. Nunca é excessivo lembrar, ademais, que o meio ambiente do trabalho é responsabilidade do empregador, ao qual pertencem integralmente os riscos da atividade econômica.

4.5. Divisão do Direito do Trabalho

Costuma-se dividir o Direito do Trabalho em dois planos de atuação, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, que, conforme os pressupostos teóricos estabelecidos, se desenvolveriam em sentidos contraditórios, mesmo que isso não seja percebido ou revelado.

Essa divisão, no entanto, não pode subsistir, pois que se baseia em dois equívocos: primeiro, de que exista um direito "individual" do trabalho, expressão pela qual se faz supor que a regulação se dê na ótica do exclusivo interesse do indivíduo e, segundo, de que nas relações sindicais não se inseririam os mesmos princípios jurídicos trabalhistas, fazendo-se supor que em virtude da alteração dos sujeitos estaria aberto o campo para a incidência dos preceitos liberais clássicos, sobretudo o contrato, a partir de uma imaginada autonomia coletiva.

Ora, se isso de fato se desse não seria próprio falar em Direito Coletivo do Trabalho.