



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TESE DE DOUTORADO

**FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA
TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO
NO BRASIL DO SÉCULO XXI E A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Florianópolis
2006



ALEXANDRE LUIZ RAMOS

FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL DO SÉCULO XXI E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tese de Doutorado apresentada ao
Curso de Pós-Graduação em Direito do
Departamento de Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção
do título de Doutor em Direito.

**Orientadora: Prof^a Dr^a Olga Maria
Boschi Aguiar de Oliveira**

FLORIANÓPOLIS
2006



A Tese **FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA
RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL DO SÉCULO
XXI E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

elaborada por **ALEXANDRE LUIZ RAMOS**

foi aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:

Florianópolis, 18 de setembro de 2006.

Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
Presidente - UFSC

Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger
Membro - UNIMEP

Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho
Membro - UFPR

Professora Doutora Bernardete Wrublevski Aued
Membro - UFSC

Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer
Membro - UFSC



AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Aldo e Adib, que sempre pensaram no melhor para mim.

Aos meus filhos Victor e Thiago, que um dia possam compreender minha ausência freqüente, que nunca poderá ser reparada.

A meu irmão Augusto Cesar, brilhante advogado e estudioso.

Aos meus amigos Edmundo Lima de Arruda Junior, Prudente José Silveira Mello, Oswaldo Miqueluzzi, Antonio Carlos Nunes (Toninho), João Silveira, Horácio Wanderlei Rodrigues e tantos outros que não poderia nomilá-los.

À minha orientadora, Prof^a Dr^a Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, que com sua paciência soube bem conduzir meu espírito inquieto pelos caminhos da pesquisa jurídica, bem como aos integrantes da banca que, na função indeclinável de severa crítica construtiva, souberam tornar o trabalho melhor.



RESUMO

O objeto da presente tese é verificar se a atual teoria da relação de emprego, em face da globalização econômica, das políticas neoliberais e da reestruturação produtiva consegue instrumentalizar o princípio de proteção e a noção de dignidade da pessoa humana. Desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, a sociedade brasileira tem passado por inúmeras transformações, que corroem as bases conceituais dos institutos adotados no texto vigente. A atual teoria da relação de emprego, constante da legislação e desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, tem matriz nas fontes materiais da primeira metade do século XX e mostra-se incapaz de dar conta da complexa realidade hodierna. A teoria da relação de emprego baseia-se na concepção do conceito de empregado – destinatário das normas de proteção do trabalho – a partir de elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica. Em 1973, uma nova crise do capitalismo ocorre, tornando o mercado instável e flexível. Para a superação da crise, o capitalismo busca a globalização econômica, a fim de abrir novos mercados produtores e consumidores. O neoliberalismo é o receituário que viabiliza a globalização, reduzindo as barreiras dos Estados-nação e tornando as legislações locais uniformes, o que é feito pela desregulamentação. Para dar conta de um mercado flexível, o sistema de produção deve adequar-se, o que se dá por um processo de reestruturação, abandonando-se o modelo taylorista-fordista e adotando-se o modelo toyotista. A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi, em relação ao método de abordagem, o indutivo, e quanto ao método de procedimento, o monográfico. Como técnica de pesquisa, foi utilizada a documentação indireta, com fontes primárias (legislação) e secundárias (bibliografia correspondente). Com isso, chega-se ao resultado de que as premissas materiais inspiradoras da atual teoria da relação de emprego foram corroídas por novas fontes materiais, a partir da crise do capital da década de 1970 e da implementação de políticas neoliberais, da globalização econômica e da reestruturação produtiva (toyotismo), tornando-se incapaz de dar efetividade aos princípios de proteção e da dignidade da pessoa humana. O princípio de proteção precisa ser repensado. Um novo protecionismo deve surgir, um protecionismo para o trabalhador, para o cidadão, para o ser humano, que tem como única fonte de sobrevivência sua força de trabalho. Uma nova teoria da relação de emprego deve ser formulada, a fim de abranger outras realidades que não somente a relação jurídica entre empregado e empregador, mas também



novas formas de trabalho que, por sua similitude, possam ser contempladas através do princípio de proteção como instrumento de efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da relação de emprego. Princípio de proteção ao trabalho. Dignidade da pessoa humana.



ABSTRACT

The objective of this thesis is to verify if the current theory of job relationship, in the face of economic globalization, neo-liberal politics and productive re-structuring, is able to instrument the principle of protection and the notion of human dignity. Brazilian society has gone through endless transformations since the establishment of the Consolidation of Labor Laws in 1943. These transformations corrode the conceptual basis of the institutes adopted in this text. The current job relationship theory, consistent in the legislation and developed through doctrine and jurisprudence, has its matrix in the material sources of the first half of the of the XXth century and is demonstrated to be incapable of handling the complex modern reality. The theory of employment is based on the generation of the concept of the employee – the receiver of the labor protection norms – based on configuring elements: personality, onerousness, non-eventuality and juridical subordination. In 1973, a new capitalism crisis occurs, making the market unstable and flexible. In order to overcome the crisis, capitalism goes towards economic globalization with the objective of opening new producer and consumer markets. Neo-liberalism is the prescription that makes globalization possible, reducing the barriers between the national States and making local legislations more uniform. This is done through de-regulation. In order to manage a flexible market, the production system must adapt itself through a process of re-structuring, abandoning the Taylor-Ford model and adopting the Toyota model. The methodology used for the development of the research was, in terms of approach, inductive, and in terms of procedure, monographic. Indirect documentation was used as a research technique, with primary (legislation) and secondary (corresponding bibliography) sources. The result of this process was that the inspirational material premises of the current job relationship theory were corroded by new material sources that appeared from the capital crisis of the 70s, the economic globalization and the productive re-structuring (toyism), becoming incapable of being effective in terms of the principles of protection and human dignity. The principle of protection needs to be re-thought. A new protectionism must emerge, protectionism for the employee, for the citizen, for the human being, that has as his only means of survival the strength of his work. A new theory of job relationship must be formulated, with the objective of embracing other realities than only the juridical relationship



between employee and employer, and also news manners of labor that, because of their similarity, may be contemplated through the principle of protection as an instrument of effectiveness of the constitutional principle of the human being's dignity.

KEY-WORDS: Job relationship theory. Principle of Protection. Dignity of the human being



RESUMEN

El objeto de la presente tesis es verificar si la actual teoría de la relación de empleo, en face de la globalización económica, de las políticas neoliberales y de la reestructuración productiva logra instrumentar el principio de protección y la noción de dignidad de la persona humana. Desde el advenimiento de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, en 1943, la sociedad brasileña viene pasando por innumerables transformaciones, que corroen las bases conceptuales de los institutos adoptados en el texto vigente. La actual teoría de la relación de empleo, constante de la legislación y desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, tiene matriz en las fuentes materiales de la primera mitad del siglo XX y se muestra incapaz de dar cuenta de la compleja realidad hodierna. La teoría de la relación de empleo se basa en el concepto de empleado – destinatario de las normas de protección del trabajo – a partir de elementos configuradores: personalidad, onerosidad, no-eventualidad y subordinación jurídica. En 1973, una nueva crisis del capitalismo ocurre, volviendo el mercado inestable y flexible. Para la superación de la crisis, el capitalismo busca la globalización económica, a fin de abrir nuevos mercados productores y consumidores. El neoliberalismo es el recetario que viabiliza la globalización, reduciendo las barreras de los Estados-naciones y volviendo las legislaciones locales uniformes, lo que es hecho por la desreglamentación. Para dar cuenta de un mercado flexible, el sistema de producción debe adecuarse, lo que se da por un proceso de reestructuración, abandonándose el modelo taylorista-fordista y adoptándose el modelo toyotista. La metodología utilizada para el desarrollo de la investigación fue, en relación al método de abordaje, el inductivo, y cuanto al método de procedimiento, el monográfico. Como técnica de investigación, fue utilizada la documentación indirecta, con fuentes primarias (legislación) y secundarias (bibliografía correspondiente). Con eso, se llega al resultado de que las premisas materiales inspiradoras de la actual teoría de la relación de empleo fueron corroídas por nuevas fuentes materiales, a partir de la crisis del capital de la década de 1970 y implementación de políticas neoliberales, de la globalización económica y la reestructuración productiva (toyotismo), volviéndose incapaz de dar efectividad a los principios de protección y de la dignidad de la persona humana. El principio de protección necesita ser repensado. Un nuevo proteccionismo debe surgir, un proteccionismo para el trabajador, para el ciudadano, para el ser



humano, que tiene como única fuente de sobrevivencia su fuerza de trabajo. Una nueva teoría de la relación de empleo debe ser formulada, a fin de abarcar otras realidades que no solamente la relación jurídica entre empleado y empleador, sino también nuevas formas de trabajo que, por su similitud, puedan ser contempladas a través del principio de protección como instrumento de efectividad del principio constitucional de la dignidad de la persona humana.

PALAVRAS-CLAVE: Teoría de la relación de empleo. Principio de protección. Dignidad de la persona humana.



LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
Ac.	Acórdão
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
Art.	Artigo
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
ASEAN	Associação de Nações do Sudeste Asiático
CARICOM	Mercado Comum e Comunidade do Caribe
CCQ	Círculo de Controle de Qualidade
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEI	Comunidade dos Estados Independentes
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CF	Constituição Federal
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CORE	Conselho Regional dos Representantes Comerciais
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CQT	controle de qualidade total
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-Econômicos
DJ	Diário da Justiça
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
Funenseg	Fundação Escola Nacional de Seguros
Inc.	inciso
JUSE	União dos Engenheiros e Cientistas Japoneses
Mercosul	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
SADC	Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral
SC	Santa Catarina
STF	Supremo Tribunal Federal
Súm.	Súmula
Susep	Superintendência de Seguros Privados
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UA	African Union



SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	7
RESUMEN	9
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	11
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	22
1.1. TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA	25
1.1.1. CONCEITO DA RELAÇÃO JURÍDICA	25
1.1.2. ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA	27
1.1.2.1. <i>Direito subjetivo</i>	28
1.1.2.2. <i>Dever jurídico e sujeição</i>	30
1.1.2.3. <i>Classificação das relações jurídicas</i>	32
1.1.3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA	37
1.1.3.1. <i>Sujeitos da relação jurídica</i>	41
1.1.3.2. <i>Objeto da relação jurídica</i>	47
1.1.3.3. <i>Distinção de objeto e conteúdo da relação jurídica</i>	49
1.2. O TRABALHO COMO OBJETO JURÍDICO	51
1.2.1. CONCEITO DE TRABALHO	51
1.3. RELAÇÃO DE EMPREGO	57
1.3.1. NATUREZA JURÍDICA	57
1.3.2. TEORIAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	59
1.3.3. CONTRATO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO	65
1.3.4. RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO.....	68
CAPÍTULO II – SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	90
2.1. O EMPREGADO	91
2.1.1. PESSOALIDADE.....	92
2.1.2. ONEROSIDADE	93
2.1.3. NÃO-EVENTUALIDADE	101



2.1.3.1. <i>Atividade-fim e atividade-meio</i>	102
2.1.3.2. <i>Trabalho por temporada</i>	103
2.1.3.3. <i>Trabalho eventual ou adventício</i>	103
2.1.4. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA.....	104
2.1.5. ALTERIDADE.....	115
2.1.6. EXCLUSIVIDADE.....	116
2.1.7. JUS RESISTENTIAE	117
2.2. EMPREGADOR	118
2.2.1. EMPRESA	119
2.2.2. GRUPO DE EMPRESAS	124
2.2.2.1. <i>Formas de grupos econômicos</i>	130
2.2.2.2. <i>Conseqüências do reconhecimento de grupo</i>	133
2.2.2.3. <i>Grupo econômico: empregador único?</i>	134
2.2.3. SUCESSÃO DE EMPREGADORES	137
2.2.3.1. <i>Requisitos da sucessão</i>	140
2.2.3.2. <i>Efeitos da sucessão</i>	142
2.2.4. TERCEIRIZAÇÃO	145
2.2.4.1. <i>Conceito</i>	146
2.2.4.2. <i>Responsabilidade pela terceirização</i>	146
2.2.4.3. <i>Terceirização e intermediação de mão-de-obra</i>	149
2.2.4.4. <i>Solidariedade e responsabilidade subsidiária</i>	152
2.2.4.5. <i>Responsabilidade do Poder Público na terceirização</i>	155
CAPÍTULO III – A CRISE DA ATUAL TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	159
3.1. CRISE DO CAPITALISMO.....	160
3.1.1. CRISE DA DÉCADA DE 1970 E DO MODELO KEYSENIANO	163
3.2. POLÍTICAS NEOLIBERAIS.....	170
3.2.1. OS FUNDAMENTOS DO NEOLIBERALISMO	170
3.2.2. A DECADÊNCIA DA POLÍTICA.....	176
3.3. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA.....	180
3.3.1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO	180
3.3.2. A MINORAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO.....	185
3.4. REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA	193
3.4.1. TAYLORISMO E FORDISMO	194
3.4.2. SISTEMA PRODUTIVO E ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL	200
3.4.3. O MODELO TOYOTISTA.....	204
3.5. CRISE DA ATUAL TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	211
CAPÍTULO IV – FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	214
4.1. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO	215
4.1.1. PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO	217
4.1.1.1. <i>Regra “in dubio, pro operario”</i>	224
4.1.1.2. <i>Regra da norma mais favorável</i>	227
4.1.1.3. <i>Regra da condição mais benéfica</i>	231



4.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	235
4.2.1. EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO OCIDENTAL SOBRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	235
4.2.2. CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	241
4.2.2.1. <i>Direitos do homem e direitos fundamentais</i>	243
4.2.2.2. <i>Direitos fundamentais e garantias constitucionais</i>	247
4.2.2.3. <i>Direitos fundamentais e direitos de personalidade</i>	250
4.2.3. GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	252
4.2.4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	253
4.2.4.1. <i>Funções dos Direitos Fundamentais</i>	255
4.2.5. DIREITOS DA PERSONALIDADE	258
4.2.5.1. <i>Os direitos da personalidade em espécie</i>	261
4.2.5.2. <i>Dano à intimidade e à vida privada</i>	264
4.2.5.3. <i>Dano à integridade moral</i>	269
4.2.5.4. <i>Dano à imagem</i>	271
4.2.6. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 E AS AÇÕES DE DANO MORAL	272
4.3. FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	277
CONCLUSÃO.....	273
REFERÊNCIAS.....	283



INTRODUÇÃO

O trabalho é tão antigo quanto a própria humanidade. O homem sempre teve de trabalhar para satisfazer suas necessidades básicas de sobrevivência. Contudo, o trabalho na pré-história se dava em caráter coletivo entre os integrantes de uma tribo, assim como ainda hoje ocorre nas comunidades indígenas. Na Antiguidade, o trabalho era prestado pelo escravo, que tinha suas necessidades vitais satisfeitas pelo senhor. No feudalismo, o servo era vinculado à terra e dela retirava seus meios de subsistência, trabalhando gratuitamente para o senhor. Na sociedade industrial capitalista, o trabalhador torna-se livre para firmar contrato e vender sua força de trabalho, recebendo uma contraprestação capaz de permitir o acesso aos meios de subsistência (manutenção e reprodução). Na sociedade burguesa, o trabalhador torna-se consumidor, e o capitalista, ao pagar o salário, desobriga-se de prover os meios de subsistência diretamente, o fazendo através do mercado. É a lógica da acumulação de capital, da lucratividade, da livre-iniciativa, do mercado.

Desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, a sociedade brasileira tem passado por inúmeras transformações, que corroem as bases conceituais dos institutos adotados no texto vigente. É sabido que a ciência jurídica não consegue acompanhar a evolução social na mesma velocidade, ocorrendo momentos de ajuste entre as normas jurídicas e as novas fontes materiais do Direito.

A atual teoria da relação de emprego, constante da legislação e desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, tem matriz nas fontes materiais da



primeira metade do século XX e talvez se mostre incapaz de dar conta da complexa realidade.

O desenvolvimento da teoria da relação de emprego inspirou-se na necessidade de o Estado democrático de Direito dar resposta social aos problemas derivados do modo de produção capitalista. Tradicionalmente, pela clássica separação das esferas jurídicas pública e privada, as relações eram regidas por contratos ou estatutos. Enquanto no primeiro instrumento, típico da esfera privada, prevalecia a autonomia da manifestação de vontade das partes, no segundo, da esfera pública, prevalecia a imposição da vontade estatal. A relação de emprego, quando de seu advento, questionou essa concepção, pois, não obstante ser da esfera privada, não podia ser tratada como mero contrato, modelo já experimentado e reprovado socialmente. Assim, foi necessário compreender a relação de emprego numa perspectiva não contratual, mas sem retirar-lhe essa característica essencial.

A teoria da relação de emprego baseia-se na concepção do conceito de empregado – destinatário das normas de proteção do trabalho – a partir de elementos configuradores: personalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica. O reconhecimento da relação de emprego é pressuposto para a aplicação das normas de proteção ao trabalho.

A cada dia, entretanto, percebe-se a crescente dificuldade de a atual teoria da relação de emprego dar conta dos desafios protetivos ao trabalhador. A materialidade fática das relações de produção sofreu profunda alteração, principalmente a partir da década de 1970, com a intensificação da globalização econômica – comercial e de produção – e da difusão das idéias neoliberais. Ao lado disso, a revolução tecnológica informacional gerou mudanças no modo de exploração da força de trabalho – a reestruturação produtiva.



A partir da alteração do contexto fático, a teoria da relação de emprego pode seguir basicamente dois caminhos. O primeiro é o da flexibilização, precarização e informalização, perspectiva, aliás, que vem sendo incorporada por grande parte das ações políticas e jurídicas. O segundo caminho é o da teoria da relação de emprego numa nova concepção, mas com manutenção da diretriz protetiva, com ênfase na preservação da dignidade humana e dos direitos da personalidade.

O objetivo da presente tese é verificar se a atual teoria da relação de emprego, em face da globalização econômica, das políticas neoliberais e da reestruturação produtiva, instrumentaliza o princípio de proteção e a noção de dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário compreender as crises do capitalismo, especificamente a evidenciada em 1973, e saber até que ponto elas informam tal fenômeno. O processo de produção fordista, que antes era voltado aos recursos da empresa, é alterado para voltar-se à demanda do mercado — do fordismo passou-se para o toyotismo. Cadeias de comando da empresa fordista são suprimidas. A produção precisa se alinhar com o mercado. E a inserção da força de trabalho alienada pela relação de emprego precisa adequar-se, de forma que o disciplinamento dessa relação jurídica deve ser alterado.

O tema acerca de elementos para uma nova teoria da relação de emprego com perspectiva protetiva e de preservação dos direitos da pessoa humana, logo de inspiração constitucional, é particularmente importante para a preservação das atuais relações sociais.

Para comprovar a tese proposta, partiu-se da teoria geral da relação jurídica, resgatando as noções principais da relação de emprego, sua origem histórica, seus pressupostos filosóficos e jurídicos, etc. O surgimento do Direito do Trabalho decorre da crise do capitalismo do final do século XIX, que teve seu auge na Grande Depressão de 1929-33. A Revolução Russa, de 1917, também foi determinante no



surgimento do trabalhismo, na medida em que impôs ao capitalismo a necessidade de dar respostas à questão social, fazendo surgir o Estado intervencionista.

Em 1973, uma nova crise do capitalismo ocorre, tornando o mercado instável e flexível. Entender esse fenômeno, ainda que sucintamente, é de fundamental importância na compreensão do estreecimento da teoria da relação de emprego.

Para a superação da crise, o capitalismo buscou a globalização econômica, a fim de abrir novos mercados produtores e consumidores. O neoliberalismo é o receituário que viabiliza a globalização, reduzindo as barreiras dos Estados-nação e tornando as legislações locais uniformes pela desregulamentação.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi, em relação ao método de abordagem, o indutivo, e quanto ao método de procedimento, o monográfico. Como técnica de pesquisa, foi utilizada a documentação indireta, com fontes primárias (legislação) e secundárias (bibliografia correspondente).

A tese, no seu desenvolvimento, está dividida em quatro capítulos, sendo os três primeiros de embasamento teórico, e o último, da proposição propriamente dita da tese. O primeiro capítulo parte da noção de relação jurídica de uma forma geral, desaguando na relação de emprego, tendo como ponte o conceito de trabalho como objeto de relação jurídica e, por fim, uma distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, considerando a importância do tema com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, que altera a competência da Justiça do Trabalho para as ações oriundas da relação de trabalho, com a nova redação do art. 114. No segundo capítulo desenvolve-se melhor o conceito dos sujeitos da relação de emprego – empregado e empregador –, tratando o assunto a partir das concepções tradicionais e com as novas manifestações decorrentes das alterações nas fontes materiais do Direito do Trabalho, como as novas formas de expressão da subordinação jurídica e de organização da atividade empresarial. No capítulo terceiro busca-se estabelecer as mudanças nas



fontes materiais do Direito do Trabalho a partir da crise do capitalismo da década de 1970 e seus principais efeitos, como as políticas neoliberais, a globalização econômica, a reestruturação produtiva e os impactos desses fenômenos na eficácia da atual teoria da relação de emprego como chave para acessar os princípios de proteção e da dignidade da pessoa humana. No quarto capítulo, após a exposição da relação de emprego e seus sujeitos e do resultado que as políticas neoliberais, a globalização econômica e a reestruturação produtiva lhes causaram, formula-se a proposição da tese de fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

O primeiro capítulo, intitulado “Teoria da relação de emprego”, tem por objetivo estudar a teoria da relação jurídica, as formas de relação jurídica, estabelecer os efeitos da relação jurídica, sua estrutura a partir da teoria da norma jurídica, o conceito de bens jurídicos, os direitos subjetivos reais, pessoais e personalíssimos, bem como analisar a conceituação da teoria da relação de emprego tal como disposta no vigente ordenamento jurídico trabalhista e conceituar a teoria da relação de emprego, distinguindo-a da relação de trabalho como fator definidor da ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

O segundo capítulo, sob o título “Sujeitos da relação de emprego”, tem por objetivo investigar os sujeitos da relação de emprego, as transformações no conceito de sujeitos da relação de emprego e as relações jurídicas afins com a de emprego, diferenciando-as a partir da matriz de definição do empregado, bem como as novas formas de estruturação da atividade empresarial, principalmente a terceirização, numa perspectiva de buscar a responsabilidade quanto aos direitos do cidadão-trabalhador na efetivação do princípio de proteção e do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, o objetivo de analisar também os grupos de empresas e a sucessão trabalhista.

O terceiro capítulo, “A crise da atual teoria da relação de emprego”, tem por objetivo verificar a crise da atual teoria da relação de emprego, a partir dos



fenômenos que estão fora do ordenamento jurídico, quais sejam, as políticas neoliberais, a globalização econômica e a reestruturação produtiva. Para tanto, faz-se necessária a definição de crise do capitalismo e seus efeitos, principalmente a crise da década de 1970. No concernente às políticas neoliberais, trata-se de seus fundamentos e a decadência da dimensão política. Quanto à globalização econômica, abordam-se seu surgimento e evolução e a minoração da força de trabalho. Na definição da reestruturação produtiva, parte-se da noção de taylorismo e fordismo e das transformações do sistema produtivo decorrente da acumulação flexível até chegar-se ao toyotismo. Tudo isso, para, depois, evidenciar-se a crise da atual teoria da relação de emprego.

O quarto capítulo, intitulado “Fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego”, tem por objetivo apresentar diretrizes para a elaboração de uma nova teoria da relação de emprego, fundamentada no princípio de proteção, com ênfase na dignidade da pessoa humana. Para isso, enfrenta-se a noção de princípio de Direito e sua função normativa e o princípio de proteção com sua tríplice sustentação pelas regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Depois, estabelece-se o conceito de dignidade da pessoa humana, sua evolução no pensamento ocidental, as diferenças conceituais entre direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, garantias constitucionais e direitos da personalidade, para, então, entender a dignidade da pessoa humana como normal fundamental do sistema constitucional brasileiro. A partir disso, e como instrumento de efetivação do princípio de proteção e do da dignidade da pessoa humana, analisa-se a tutela dos direitos da personalidade na seara trabalhista.

Com base em todos os elementos vistos durante o trabalho, o último tópico propõe os fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI, considerando que somente 20% da atual força de trabalho serão necessários para o que hoje se produz em bens e serviços. A nova regulamentação do trabalho está sendo feita precipuamente fora dos limites do Estado, no seio das grandes



corporações econômicas, com risco de um neofeudalismo, com novos servos e, inexoravelmente, um retorno a barbárie pré-moderna. Somente um Estado forte e comprometido com a questão social poderá se opor contra o avanço irresponsável da globalização neoliberal viabilizada pelos últimos Governos brasileiros. Para isso, torna-se necessária uma democratização radical do Estado, defesa de políticas de redução da jornada de trabalho, direcionamento dos investimentos em áreas capazes de gerar emprego e disponibilização da tecnologia como um patrimônio social, de forma que ela sirva a todos, não eliminando empregos, o que engrossaria o exército dos excluídos e sobrantes.

Pensar um novo modelo de princípio de proteção é fundamental para um projeto de sociedade não excludente e para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Um novo protecionismo para o trabalhador, para o cidadão, para o ser humano, que tem como única fonte de sobrevivência sua força de trabalho.



CAPÍTULO I

TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO



Cada ser humano trava inúmeras relações com outros seres, todos os dias, e necessita delas para sobreviver. Essas relações têm, entre outras especificidades, intensidades, durações, objetivos, conteúdos, motivações, resultados próprios. São relações de amizade, relações emocionais, relações profissionais, com trocas de todas as ordens, desde materiais até outras mais sutis. Deste universo imensurável de relações que são travadas pelo ser humano, uma pequena parte é considerada pelo próprio conjunto da sociedade como importante para a consecução dos fins que motivam essa mesma sociedade em permanecer coesa – talvez a necessidade de sobrevivência, talvez a busca pela felicidade coletiva –, merecendo, assim, um disciplinamento normativo, através do Direito.

O Direito, por mais purificada que seja sua percepção, tem um objetivo primordial: reger a atividade humana em sociedade, exatamente para permitir a vida do ser humano em grupo. A existência de cada pessoa é (ou deveria ser) informada por um objetivo fundamental, qual seja, ser feliz. A felicidade é uma dimensão da existência humana que somente se alcança pelo esforço compartilhado. O próprio Hans Kelsen, ao responder sobre o significado de uma ordem social justa, afirma que se trata de uma “ordem que regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social”.¹

Por isso, o Direito regula a conduta de pessoas em sociedade, impondo-se a conjugação da norma com as pessoas. Isso quer dizer que, após o estudo da norma jurídica, é necessário situá-la com os sujeitos sobre os quais ela vai incidir. Se as normas jurídicas disciplinam a conduta do ser humano, elas não existem numa dimensão abstrata, mas sim concretamente inseridas numa relação entre pessoas. Assim, a partir dos elementos da norma jurídica (fato temporal, prestação, não-



prestação e sanção), tem-se de identificar sobre quem ela incide, quem deve prestar a obrigação e quem é o titular do direito subjetivo contido na norma.

Adotando-se uma visão decisionista do Direito, ou seja, que a principal função do Direito seja resolver os problemas jurídicos colocados pelos conflitos de interesses entre os integrantes da sociedade, a teoria da relação jurídica apresenta-se de fundamental importância, pois só se pode decidir concretamente um conflito se for possível definir *quem* são os envolvidos. Se concretamente, como sustenta Tercio Sampaio, “a dogmática tem por problema central a decidibilidade de conflitos, a identificação das relações, ponto em que o conflito social encontra o seu núcleo, torna-se decisiva”.² Prossegue dizendo que “a identificação das relações jurídicas é para a dogmática estrutural um ponto crucial, uma vez que a decidibilidade dos conflitos depende das posições que os agentes ocupam, uns perante os outros, nas comunicações ou interações sociais”.³

A visão de Kelsen de relação jurídica, a partir de sua visão purista do Direito – não aceitando, assim, qualquer interferência externa, inclusive da realidade substancial –, é reduzida à norma jurídica, ou seja, a norma jurídica constitui a relação jurídica, constitui os sujeitos dessa relação. Dessa forma, a visão de Kelsen nega que o Direito reconheça as relações na realidade substancial para, a partir daí, fazer a regulação normativa. Entende que é a norma que constitui a relação jurídica. Se existe credor ou devedor numa relação jurídica é porque a norma jurídica assim dispõe.⁴

¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 9.

² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 165.

³ FERRAZ JR., 1994, p. 166.

⁴ KELSEN, 1998, p. 23.



1.1 TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

O ser humano vive em sociedade e, por isso, trava relações com as demais pessoas. Contudo, assim como nem todos os acontecimentos da realidade material interessam ao Direito, nem todas as relações travadas pelos humanos são consideradas jurídicas. Só são jurídicas as relações humanas que interessam à finalidade do ordenamento jurídico. Por exemplo, a relação afetiva entre duas pessoas durante a fase do namoro não interessa ao Direito. Assim, eventual violação de fidelidade afetiva durante essa fase é um acontecimento estranho ao fenômeno jurídico.⁵ Contudo, o mesmo fato praticado na vigência do casamento é relevante para o Direito, por ser o casamento o ato formal de constituição jurídica da entidade familiar. Logo, a quebra do dever legal de fidelidade (Código Civil, art. 230, inc. I) importa sanções jurídicas, inclusive na seara penal (Código Penal, art. 240)⁶.

1.1.1 *Conceito da relação jurídica*

A conceituação de relação jurídica é fundamental para se chegar aos pressupostos de relação de emprego atualmente incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como para se estabelecerem diretrizes para uma teoria da relação de emprego, amparada pelos postulados do princípio de proteção e da dignidade da pessoa humana.

O termo “relação jurídica” tem várias acepções. Num conceito mais amplo, significa toda relação da vida social que seja juridicamente relevante e, por isso, regulada pelo Direito. Numa visão mais restrita, como ensina Manuel de Andrade,

⁵ Há que se ressaltar, neste caso, a possibilidade de violação de direito da personalidade, presente em todas as relações que qualquer pessoa trava com outra. Por isso, ainda que a infidelidade durante o namoro não tenha consequências específicas, ao contrário do que ocorre durante o casamento, tal prática, desde que revestida de certas peculiaridades, pode vir a causar dano moral a outra pessoa.



“relação jurídica é toda a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mas só enquanto esta disciplina reveste uma dada fisionomia típica”. Ele prossegue conceituando relação jurídica, destacando que: “vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”.⁷

Para completar o conceito de relação jurídica em sentido estrito, é preciso enfrentar os conceitos acessórios de direito subjetivo, de dever e de sujeição. Para Manuel de Andrade, direito subjetivo é

a faculdade ou poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um ato de sua vontade – com ou sem formalidades –, só de per si ou integrado depois por um ato de autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte).⁸

No caso de o direito subjetivo voltar-se contra o sujeito passivo da relação com a finalidade de exigir ou pretender um comportamento (positivo ou negativo), tem-se o dever jurídico. Já no caso de o direito subjetivo produzir determinados efeitos jurídicos a partir da intervenção estatal, tem-se para o sujeito passivo da relação a sujeição jurídica.

Para melhor referir o conceito de relação jurídica, importante fazer a distinção terminológica com o instituto jurídico. Este é o conjunto de normas que disciplinam dada relação jurídica em sentido abstrato. A relação jurídica entre

⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h39min.

⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1992, v. I, p. 2.

⁸ ANDRADE, 1992, p. 3.



empregado e empregador é disciplinada por vários institutos que compõem parte do Direito do Trabalho. Sobre a distinção em tela, Manuel de Andrade vaticina que “A relação constitui a matéria ou o objeto regulado; o instituto, por seu lado, virá a ser no fim de contas a própria regulamentação ou disciplina jurídica desse objeto, nas normas ou princípios que a integram”.⁹

1.1.2 Estrutura da relação jurídica

A relação jurídica tem uma morfologia própria que a caracteriza e a distingue dos demais tipos de relações sociais. A relação jurídica se estabelece necessariamente entre pessoas ou, no caso, sujeitos da relação. As normas que disciplinam a relação jurídica são normas jurídicas e regem a conduta e o comportamento da pessoa física ou jurídica, representados sempre pela ação ou omissão do ser humano. Nota-se que as pessoas jurídicas têm suas ações, em última análise, decorrentes de comportamentos de pessoas naturais.

A relação jurídica une as pessoas que a integram. Como propõe Manuel de Andrade, se a relação jurídica fosse representada por uma linha reta, os pontos terminais seriam as pessoas (sujeitos) entre as quais a relação se estabelece.¹⁰ Além disso, a relação jurídica incide sobre determinado objeto; decorre de uma causa que será um fato definido pela norma como gerador da relação: o fato jurídico. Para ser jurídica, a relação deve prever sanção, como predisposição normativa de meios de coerção para a realização efetiva. Estes quatro elementos que compõem a relação jurídica são necessários a sua existência: sujeitos, objeto, fato jurídico (causa) e garantia (sanção). Esse conjunto de elementos gera o conteúdo da relação jurídica, que deságua a idéia de direito subjetivo.

⁹ ANDRADE, 1992, p. 5.

¹⁰ Cf. ANDRADE, 1992, p. 6.



1.1.2.1 Direito subjetivo

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico dispõe de várias normas jurídicas contemplando comandos que somente se efetivam no plano fático por ação do titular do respectivo direito subjetivo. O Direito existe para satisfazer interesses do ser humano, a fim de dirimir os conflitos de interesses entre os seres humanos na vida em sociedade, prescrevendo qual dos interesses em conflito deve prevalecer sobre o outro e em qual medida. Esse asseguramento se dá mediante um direito subjetivo.¹¹ Assim, será o direito subjetivo que concretamente definirá qual interesse será sacrificado em detrimento do outro, garantindo os valores tutelados pelo Direito e viabilizando a vida em coletividade, pelo que “o interesse constitui o *substrato* do direito subjetivo”.¹²

Os direitos subjetivos podem ser classificados em: direitos subjetivos propriamente ditos e direitos potestativos.

- Direitos subjetivos propriamente ditos

A adjetivação de direito subjetivo encontra fundamento na noção de direito objetivo, a partir da distinção fundamental existente entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas de procederem segundo o seu conceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir em conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*).¹³

Pelos direitos subjetivos propriamente ditos, seu titular tem o poder de exigir ou de pretender do sujeito passivo certo comportamento positivo (ação – *facere*)

¹¹ ANDRADE, 1992, p. 8.

¹² ANDRADE, 1992, p. 8.



ou negativo (omissão – *non facere*). Esse poder ou pretensão do titular do direito subjetivo (sujeito ativo) gera para o sujeito passivo a obrigação de adotar o comportamento pretendido ou exigido, por ser o comportamento previsto na norma jurídica que fundamenta aquele direito subjetivo. Essa situação a que se submete o sujeito passivo denomina-se dever jurídico.¹⁴

Os conteúdos obrigacionais da relação jurídica se inserem nesse conceito de direitos subjetivos propriamente ditos, pois a parte obriga-se a adotar certo comportamento positivo ou negativo, tendo o dever de realizar a conduta assumida pela manifestação de vontade ou pela norma jurídica heterônoma. Ao sujeito ativo, titular do referido direito subjetivo, cabe o direito de exigir ou de pretender a adoção dessa conduta normativa, ou, no caso de recusa (pretensão resistida), o de pretender uma reparação pela intervenção coercitiva do Estado, a fim de proporcionar-lhe uma vantagem semelhante a que teria pelo comportamento da outra parte.

- Direitos potestativos

Os juristas sempre tiveram certa predisposição de distinguir a *potestas* do direito subjetivo a partir das noções do Direito de Família, mais precisamente do poder concedido ao pai (pátrio poder).¹⁵

Ao contrário dos direitos subjetivos propriamente ditos, os direitos subjetivos potestativos¹⁶ não geram ao seu titular o direito de exigir ou de pretender da outra parte uma conduta prevista na norma autônoma ou heterônoma, mas sim de, mediante uma declaração de vontade, produzir um efeito jurídico. Para o sujeito

¹³ Cf. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 527.

¹⁴ Cf. ANDRADE, 1992, p. 10.

¹⁵ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 272.

¹⁶ A terminologia “direitos potestativos” é adotada correntemente na Itália, enquanto na Alemanha prefere-se o termo “direitos conformativos” (*Gestaltungstrechte*) e na Espanha, “direitos constitutivos” (ANDRADE, 1992, p. 12).



passivo, não há o dever jurídico de prestar o comportamento normativo exigido ou pretendido pelo titular, mas sim o dever de suportar os efeitos jurídicos decorrentes da manifestação de vontade. Diz-se, assim, de direitos potestativos porque representam o poder que seu titular tem de que sua vontade gere os efeitos jurídicos pretendidos, visto que garantidos pelo ordenamento jurídico.

Os direitos potestativos podem originar três tipos de efeitos jurídicos: a) constitutivos; b) modificativos; e c) extintivos, conforme o efeito que geram na relação jurídica na qual o sujeito ativo manifesta sua vontade. O primeiro tipo gera a constituição do dever jurídico do sujeito passivo, pela manifestação de vontade do titular. O segundo, dos direitos potestativos modificativos; a relação jurídica não é constituída ou extinta, mas sim modificada em seus elementos essenciais ou acidentais. Na relação de emprego é o caso do *jus variandi* do empregador, ou seja, do seu direito potestativo de modificar as condições de trabalho, dentro de certos limites estabelecidos em lei.¹⁷ Ao exercer sua manifestação de vontade, o empregador, por exemplo, pode alterar o local da prestação de serviços, desde que haja necessidade de serviço (CLT, art. 469, § 3º). Por fim, os direitos potestativos extintivos põem fim à relação jurídica, operando-se por manifestação de vontade da parte titular desse direito, como no caso de terminação do contrato individual de trabalho pelo empregado ou pelo empregador. A despedida do empregado se insere no direito potestativo que o empregador tem de terminar o contrato.

1.1.2.2 Dever jurídico e sujeição

¹⁷ Os limites do direito de variação do empregador na alteração das condições de trabalho estão genericamente previstos no art. 468 da CLT, nos seguintes termos: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”



Normalmente o vocábulo “obrigação”¹⁸ traduz a designação de dever jurídico e sujeição. No sentido geral do termo “obrigação”, inserem-se não somente as relações creditórias ou obrigacionais entre sujeitos determinados, como também as relações absolutas, com sujeitos passivos indeterminados, como no caso dos Direitos Reais. Contudo, impõe-se distinguir dever jurídico de sujeição.

O dever jurídico encerra decorrência própria dos direitos subjetivos propriamente ditos, nos quais o sujeito passivo tem o dever de adotar o comportamento positivo ou negativo previsto na norma jurídica. Se o obrigado adota comportamento diverso daquele normativamente previsto, sofre a sanção jurídica correspondente, pela ação coercitiva do Estado, por pretensão do titular do direito subjetivo. O dever jurídico contempla a possibilidade, por parte do sujeito passivo (obrigado), da não-realização da conduta prevista, sofrendo as conseqüências previstas. Esse vem a ser o elemento distintivo fundamental entre dever jurídico e sujeição, pois nesta o sujeito suporta os efeitos da manifestação de vontade do direito subjetivo potestativo. No caso de sujeição, o sujeito suportará os efeitos do exercício do direito potestativo, sem nada poder fazer contra isso.¹⁹

É exemplo de dever jurídico no âmbito das relações de emprego a maioria das obrigações impostas às partes (empregado e empregador), como, por exemplo, a do empregador em conceder férias ao empregado após este ter trabalhado o período aquisitivo, no período concessivo correspondente. É um dever jurídico que, por isso, comporta descumprimento, caso em que suportará as sanções previstas na norma, *in casu*, a concessão de período de férias com pagamento dobrado da respectiva

¹⁸ “O termo obrigação é usado ainda num sentido muito especial (restrito ou técnico), para designar uma classe particular de relações jurídicas de direito privado – as chamadas relações creditórias ou obrigacionais. Nessas relações trata-se de um vínculo jurídico entre pessoas determinadas, por cuja virtude uma delas – o devedor (podem ser vários) – deve realizar em benefício de outra – o credor (também pode haver mais de um) – dada atividade positiva ou negativa (prestação debitória).” (ANDRADE, 1992, p. 16).

¹⁹ ANDRADE, 1992, p. 17.



remuneração (CLT, art. 137).²⁰ Contudo, é direito potestativo do empregador estabelecer a época de concessão das férias (CLT, art. 136),²¹ havendo sujeição do empregado quanto a essa manifestação de vontade.

1.1.2.3 Classificação das relações jurídicas

Podem-se classificar as relações jurídicas em *reconhecidas* e *constituídas*. Numa visão de dentro da Ciência do Direito, poder-se-ia dizer que o Direito constitui as relações jurídicas, na medida em que descreve a conduta normativa e, assim, quem deve praticá-la (sujeito passivo) e quem tem a faculdade de exigir a prestação (sujeito ativo). A perspectiva purista de Kelsen sustenta exatamente que as relações jurídicas são *constituídas* pelo Direito. Noutra perspectiva, a sociológica, poder-se-ia sustentar que o Direito não constitui as relações, mas tão-somente as reconhece. Isso dizer significa que as relações sociais, quando entendidas como relevantes para a manutenção da vida em sociedade, são apreendidas pelo fenômeno jurídico, que lhes empresta a adjetivação de “jurídico”. Também aqui a virtude parece estar no meio-termo, ou seja, nem todas as relações jurídicas são constituídas pelo Direito e nem todas as relações são simplesmente reconhecidas pelo Direito.

Há relações que efetivamente são reconhecidas pelo Direito, cuja função é disciplinar a partir dos contornos substanciais dessas relações. Homem e mulher, normalmente, a partir de certa idade e de certas circunstâncias, passam a manter uma relação de convivência. O Direito entendeu tal relação importante para a estrutura social e passou a tratá-la como relação jurídica. Para tanto, constituiu o instituto do casamento ou da união estável a partir da estrutura substancial da relação. Esse é um exemplo de relação jurídica reconhecida, ou seja, a relação já existia e existirá independentemente de o Direito a regular.

²⁰ Cf. CLT, art. 137: “Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o Artigo 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração”.

²¹ Cf. CLT, art. 136: “A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador”.



Por outro lado, há relações jurídicas constituídas pelo Direito, ou seja, só existem porque a norma jurídica assim dispõe. São relações que não se poderiam observar primitivamente (antes do Direito) na sociedade. É o caso das relações entre contribuinte e fisco. Percebe-se, então, que o Direito tanto disciplina relações existentes no caldo social como relações que são “criadas” por ele. No primeiro caso, se o Direito deixar de regular a relação, ela continuará a existir materialmente; no segundo, não. A relação de emprego é uma relação reconhecida pelo Direito, pois decorre do modo de produção capitalista e existia nas relações socioeconômicas antes de o Direito a disciplinar. Isso permite cogitar que a total desregulamentação dessa relação não terá o condão de eliminá-la da realidade factual.

Num ou noutro caso, contudo, o certo, como destaca Miguel Reale, “é que não há que se falar em relação jurídica se não houver um fato correspondente a normas de direito, de conformidade com o seguinte princípio básico: *os fatos e relações sociais só têm significado jurídico inseridos numa estrutura normativa*”.²² Em outras palavras, seja no caso de relações jurídicas reconhecidas, seja no de constituídas pelo Direito, sempre haverá necessidade de uma correspondência entre a situação concreta da relação com a conduta prevista na norma jurídica. A distinção é que na relação reconhecida a norma não pode desconsiderar os “contornos” da substância da relação, enquanto nas relações constituídas é o próprio Direito que dá os “contornos” da relação.

Como já destacado, nem todos os fatos são fatos jurídicos, impondo-se ao jurista a função de “enquadrar” os fatos como jurídicos, a partir de procedimentos de classificação. Para tanto, o jurista procura na descrição do fato jurídico contida na norma jurídica os seus elementos configuradores, confrontando-os com os elementos do fato acontecido. Se houver coincidência, pode-se, então, “enquadrar” o fato como jurídico. Da mesma forma, esse trabalho deve ser feito quanto às relações jurídicas. Se nem

²² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.



todas as relações que as pessoas travam em sociedade são jurídicas, compete ao jurista “enquadrar” as relações como jurídicas ou não. Para tanto, ele adota igual procedimento de confrontação de elementos. Por exemplo, pode-se pegar uma das relações que as pessoas travam em sociedade para atender às suas necessidades básicas, qual seja, a relação de consumo. Tal relação interessa ao Direito, de forma que ele dispõe sobre o assunto. A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990²³ (Código de Defesa do Consumidor), dispõe, em seu art. 2º, o conceito de consumidor, que “consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O art. 3º define fornecedor como sendo a pessoa que desenvolve atividades de indústria e de prestação de serviços.²⁴ Assim, diante de uma relação social caberá ao operador do Direito confrontar a realidade concreta (experiência social) com a prescrição normativa (experiência jurídica), inferindo, dessa forma, o enquadramento ou não daquela nesta. O mesmo ocorre com a relação de emprego. O ser humano pode realizar uma série de atividades físicas ou intelectuais,²⁵ para si mesmo ou para outrem. Nesse segundo caso, a atividade pode ser prestada com ou sem subordinação a essa outra pessoa, dando origem a vários possíveis contratos: contrato de trabalho, contrato de prestação de serviços, contrato de mandato, contrato de representação comercial, contrato de corretagem, contrato de transporte, contrato de empreitada, entre outros. Caberá ao jurista a tarefa de, reconhecendo as características de uma relação, enquadrá-la no modelo jurídico aplicando as normas correspondentes. Na seara do Direito do Trabalho essa tarefa reveste-se de capital importância, na

²³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8078.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.

²⁴ “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

²⁵ A distinção entre atividade física e atividade intelectual é meramente conceitual, pois toda atividade física utiliza o intelecto e vice-versa. Diz-se, assim, que uma atividade é física quando há predominância desse aspecto.



medida em que a prestação do trabalho por conta alheia permite vários tipos de contratos, impondo-se distingui-los para aplicar as regras inerentes a cada um deles.

A relação jurídica pode, ainda, ser classificada a partir de outros aspectos, cabendo identificar a pluralidade de direitos e obrigações e a possibilidade de individualização do sujeito passivo.

Quanto à pluralidade de direitos e obrigações, as relações jurídicas podem ser *simples* ou *complexas*. São simples as relações em que existe somente uma prestação jurídica, como no caso do contrato de doação sem encargo. Nesse exemplo, somente o doador fica obrigado a entregar a coisa prometida, sem que a outra parte tenha qualquer dever jurídico, mas tão-somente direito subjetivo. É também relação jurídica simples a constituída a partir do reconhecimento de dívida, em que somente a pessoa que a reconhece fica sujeita ao dever jurídico de pagá-la, quando confessada, enquanto a outra parte tem o direito subjetivo de receber. Por outro lado, são complexas as relações jurídicas em que há pluralidade de direitos e obrigações. A maioria das relações jurídicas é complexa, pois o Direito Moderno assenta-se na lógica da circulação de mercadorias, de forma que as pessoas na sociedade capitalista travam relações nessa perspectiva.

Assim, nos contratos, de uma forma geral, há direitos e obrigações recíprocos entre as partes, geralmente de conteúdo econômico equivalente. No contrato de locação, por exemplo, o locador recebe os aluguéis, enquanto o locatário utiliza a coisa locada. Ambos assumem direitos e obrigações recíprocos. Além dos principais – pagamento dos aluguéis e utilização da coisa –, há uma série de outras obrigações que, embora secundárias, não deixam de se constituir em dever jurídico.

No contrato de compra e venda, o vendedor compromete-se a entregar certa coisa, tendo, entretanto, o direito subjetivo de receber o preço ajustado. Já o comprador tem a obrigação de pagar o preço e tem o direito de receber a coisa



comprada. Na relação jurídica de emprego, igualmente, os sujeitos – empregado e empregador – assumem vários direitos e obrigações recíprocos. O empregado, além de prestar o trabalho, tem dever jurídico de obediência, assiduidade, diligência, de não-concorrência, entre outros. Já o empregador tem obrigações de pagar o salário e, além disso, de assistência, prevenção de danos, de não discriminar, etc.

Na relação jurídica fiscal, igualmente, as partes envolvidas – fisco e contribuinte – assumem direitos e obrigações recíprocos. O Estado tem direito de receber os tributos, mas tem o dever de prestar os serviços públicos necessários ao cidadão-contribuinte. Este, por sua vez, tem o dever de pagar os tributos, mas tem o direito subjetivo aos serviços públicos.

Quanto à possibilidade de individualização do sujeito passivo, a relação jurídica pode ser relativa ou absoluta. É relativa a relação jurídica em que o sujeito passivo, ou seja, a pessoa obrigada a cumprir a conduta normativa (prestação) pode ser identificada. É o caso das relações obrigacionais e familiares. Na relação jurídica advinda do casamento, pode-se identificar e individualizar as partes envolvidas. O mesmo ocorre nos contratos. Contudo, há direitos subjetivos em que o sujeito passivo são todos os cidadãos, como ocorre nos Direitos Reais, isto é, nos direitos sobre as coisas. Se alguém tem a posse ou a propriedade sobre uma coisa (*res*), todos na sociedade devem respeito a tal direito. Assim, todos são sujeitos passivos da obrigação de respeitar a posse ou a propriedade alheia, não subtraindo, turbando ou esbulhando a coisa do titular do direito subjetivo.

Todas as pessoas naturais (físicas) têm direitos da personalidade, que são direitos inatos ao ser humano e que decorrem do simples fato de nascer. Para Edilson Pereira de Farias, “A classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o



seu nascimento”.²⁶ Os direitos da personalidade (direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, à intimidade, ao corpo, à liberdade, etc.) geram à pessoa o direito subjetivo correspondente e a obrigação de todos os integrantes da sociedade em respeitá-los.

Isso quer dizer que, nas relações jurídicas absolutas, o direito subjetivo do titular – sujeito ativo – é oponível *erga omnes* (contra todos).

1.1.3 Elementos da relação jurídica

O estudo da teoria da norma jurídica é fundamental para o da relação jurídica, visto que esta advém daquela. Isso quer dizer que a teoria da relação jurídica pressupõe a da norma jurídica, pois, em última análise, reflete a aplicação da norma concretamente nas relações intersubjetivas. Se as normas jurídicas regem a conduta humana, devem incidir concretamente sobre certos sujeitos, dando, assim, origem à relação jurídica. Se é elemento da norma jurídica a *prestação* e se ela impõe certa conduta a alguém, decorre daí, desde já, o dever jurídico ou sujeição que recai sobre uma pessoa, que é o sujeito passivo da relação jurídica. Também, como a todo *dever* corresponde um *poder* por parte de alguém, disso decorre que esse alguém, a quem interessa o cumprimento da prestação, é o sujeito ativo.

Por isso mesmo, Machado Neto sustenta que estabelecer os elementos da relação jurídica decorre de “retirar da formalização da norma jurídica os elementos de interferência intersubjetiva de condutas em que a relação jurídica consiste”.²⁷ Assim, segundo esse autor, pode-se assim sistematizar os elementos da relação jurídica:

²⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 107.



- a) fato temporal ou fato jurídico – é o acontecimento que desenlaça a relação jurídica entre os sujeitos (relação intersubjetiva), criando o dever de prestação;
- b) prestação – é a conduta a que está obrigado o sujeito passivo;
- c) sujeito passivo – é o sujeito obrigado a cumprir a prestação;
- d) sujeito ativo – titular do direito subjetivo (sujeito pretensor);
- e) não-prestação ou ilícito – consequência da liberdade humana do sujeito passivo de não realizar a prestação a que estava obrigado pela ocorrência do fato jurídico; e
- f) sanção – é a consequência jurídica imputada à não-prestação. Outras consequências, de natureza não jurídica, não podem ser consideradas como sanção – por exemplo, o caso de alguém que morre por não estar usando o cinto de segurança. É uma consequência pelo descumprimento da norma jurídica que obriga a utilização do cinto, mas não pode ser considerada como sanção, pois não uma “consequência jurídica”.

Para Manuel de Andrade, a relação jurídica é composta de quatro elementos, quais sejam: os sujeitos, o objeto, o fato jurídico e a garantia. E explica: os sujeitos da relação jurídica são os pontos terminais da linha que representa a relação jurídica, pois são as pessoas entre as quais ela se estabelece. Os sujeitos são o titular do direito subjetivo (propriamente dito ou potestativo) e o onerado com o correspondente dever jurídico ou de sujeição. Em geral, os sujeitos da relação jurídica são os portadores dos interesses contrapostos, cujo conflito o ordenamento jurídico regula pela prevalência de um em detrimento do outro.²⁸

Por objeto da relação jurídica entende-se aquilo sobre o que incide o direito subjetivo, que é, em última análise, o objeto de direito. Não se há de confundir o

²⁷ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva: 1969, p. 182.

²⁸ Cf. ANDRADE, 1992, p. 19.



objeto da relação jurídica com o seu conteúdo, como se verá oportunamente. Assim, as mais diversas realidades podem desempenhar o papel de objeto de relação jurídica, como uma coisa, uma pessoa ou um produto intelectual.²⁹ A relação jurídica, segundo Manuel de Andrade, só contém objeto quando se tratar de direito subjetivo propriamente dito com dever jurídico para o sujeito passivo. No caso de direito potestativo, porque o sujeito passivo fica em estado de sujeição à manifestação de vontade, inexistente objeto, mesmo porque na sujeição não cabe descumprimento pelo sujeito obrigado.³⁰

Por fato jurídico entende-se todo fato em sentido comum (acontecimento natural ou ação humana) que produz conseqüências jurídicas. Os efeitos que o fato jurídico pode causar são de constituição das relações jurídicas, bem como de modificação ou extinção daquelas preexistentes. O ordenamento jurídico prevê em abstrato as relações jurídicas, mas a relação concreta somente existe na ocorrência do fato jurídico constitutivo, ou seja, por “[...] obra do fato jurídico é que a relação jurídica sai do limbo das possibilidades para surgir como realidade concreta, tornando-se de potencial em atual”.³¹ No caso da relação de emprego, o direito positivo dispõe sobre o seu conceito, mas a relação jurídica somente existirá concretamente quando uma pessoa física prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob sua subordinação e mediante salário. Tais condições serão o fato jurídico constitutivo da relação de emprego.

Por fim, segundo estruturação de Manuel de Andrade, o quarto e último elemento da relação jurídica é a garantia. As relações jurídicas formam um liame entre pessoas, impondo a uma delas o direito subjetivo e à outra o dever jurídico de realizar um ato comissivo ou omissivo. Mas de nada adiantaria a norma prescrever o direito e o dever se não contemplasse meios de garantia da efetividade normativa. De fato, o que distingue as normas jurídicas das demais normas de convivência social é que naquelas

²⁹ Cf. ANDRADE, 1992, p. 20.

³⁰ Cf. ANDRADE, 1992, p. 21.

³¹ ANDRADE, 1992, p. 22.



a efetividade do comportamento normativo previsto é garantido por sanções coativas, organizadas e executadas pelo poder estatal. Como a força despendida pelo Estado na aplicação das sanções é maior, Miguel Reale traz outros elementos da relação jurídica.³² Aponta quatro elementos: a) sujeito ativo; b) sujeito passivo; c) vínculo de atributividade; e d) objeto.

Entende como vínculo de atributividade a própria concreção da norma jurídica no âmbito da relação intersubjetiva, vínculo que confere ao sujeito o *poder* de pretender ou exigir a prática da conduta normativa. Daí decorre o conceito de titularidade jurídica que, nas palavras de Kelsen, é “o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não-cumprimento do dever”.³³

Assim, o vínculo de atributividade está no fato que confere ao sujeito ativo o poder de cobrar do sujeito passivo a prática de conduta conforme aquela prevista na norma jurídica (prestação). Tal poder pode decorrer de um estatuto ou de um negócio jurídico. Por negócio jurídico entende-se o ato decorrente de manifestação de vontade. É a relação jurídica derivada de um contrato, por exemplo. Nesse caso, o vínculo de atributividade é o contrato, que confere ao titular do direito subjetivo o poder de fazer valer a sanção prevista na norma jurídica correspondente. Por estatuto entendem-se todos os outros fundamentos da titularidade jurídica que não decorrentes de atos negociais, como ocorre na responsabilidade civil por ato ilícito ou mesmo no Direito Penal.

³² REALE, 1999, p. 217.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 181.



1.1.3.1 Sujeitos da relação jurídica

O fenômeno jurídico, numa visão estática, mostra, antes de tudo, pessoas, pois a função do Direito é, precisamente, compor conflitos intersubjetivos de interesses.³⁴ A essas pessoas dá-se o nome de sujeitos da relação jurídica.³⁵

Os sujeitos da relação jurídica são as pessoas físicas (ou naturais) ou as pessoas jurídicas. Somente as pessoas têm personalidade jurídica, ou seja, a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

O conceito de pessoa, então, pode ser estabelecido como o ente físico ou coletivo suscetível de ter direitos e obrigações. O conceito de pessoa é histórico, ou seja, varia de acordo com o contexto histórico vigente. Se atualmente todas as pessoas naturais têm personalidade jurídica, na Antiguidade assim não era, pois os escravos eram considerados coisa e, logo, objeto de direito. Só o ser humano cidadão tinha a capacidade de ser sujeito de relações jurídicas. Por outro lado, os animais que hoje são objeto de direito, nunca sujeitos, outrora poderiam integrar relações jurídicas.³⁶

Quanto ao conceito de pessoa jurídica, importa ter presente que para atingir objetivos que extrapolam a alçada das possibilidades do homem natural, individualmente concebido, a pessoa física forma grupos. Tais agrupamentos adquirem, em verdade, existência material diversa das pessoas naturais que os integram. A

³⁴ Para Pietro Perlingieri, “A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquele entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica. Portanto, não é indispensável fazer referimento à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação. Nele, o que é sempre presente é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115).

³⁵ Cf. CARNELUTTI, 1999, p. 227.

³⁶ Um fato histórico bem marcou tal possibilidade. Foi quando o Imperador romano Calígula nomeou seu cavalo para integrar o Senado. Já há relatos de pessoas que deixam patrimônio destinado por testamento para animais de estimação. Ainda que isso não seja



pessoa jurídica adquire uma identidade caracterizada por si, de forma que o direito não poderia desconsiderá-la. Por isso, o ordenamento jurídico atribui a essas entidades personalidade e, em decorrência dela, capacidade de ser sujeito em relação jurídica, ou seja, de ser titular em direitos e obrigações na ordem civil.

Ao contrário das pessoas naturais, que existem materialmente no mundo dos fatos, a pessoa jurídica é uma abstração do Direito. Por isso, é preciso, para compreender a natureza jurídica de tal ente coletivo, abordar as teorias que a explicam, quais sejam, da ficção legal, da equiparação, da realidade objetiva e da realidade jurídica.

Para entender a teoria da ficção legal, deve-se partir da premissa de que somente o homem é capaz de ser sujeito de relação jurídica, logo titular de direitos e obrigações, a existência da pessoa jurídica ocorre por mera ficção do ordenamento, que assim age visando a permitir o aprimoramento das atividades humanas. Tal teoria comporta crítica, porque a ficção é algo que não existe, que é inventado. Se se pode reconhecer a ausência de materialidade da pessoa jurídica, por não existir corporeamente, não se pode negar sua existência concreta. O Estado é pessoa jurídica cuja existência ninguém pode negar, mesmo porque é o organizador da vida em sociedade e do qual emana o próprio ordenamento jurídico positivado.

A teoria da equiparação parte da idéia de que o patrimônio envolvido na pessoa jurídica é equiparado, para efeitos de possibilidade de participar de relação jurídica como sujeito, às pessoas naturais. Contudo, a teoria pode ser criticada porque confunde objeto de direito com sujeito de direito. Os bens e patrimônios que compõem a pessoa jurídica são, em verdade, objetos sobre os quais recai o direito de propriedade da pessoa jurídica.

possível pelo nosso ordenamento jurídico vigente, *de lege ferenda* tal circunstância pode ser alterada.



A teoria da realidade objetiva (ou orgânica) pressupõe que as pessoas jurídicas são “organismos”, instituições transindividuais, pois superam a mera noção de indivíduo ou soma dos indivíduos envolvidos (mesmo porque a pessoa jurídica pode se constituir somente em bens, como as fundações), que têm finalidade social e existência diversa da dos seus membros, com existência e vontade próprias. Contudo, nada impede que a pessoa jurídica tenha uma “vontade” diferente daquela das pessoas naturais envolvidas, vontade resultante da conjugação das vontades individuais. Essa “vontade” da pessoa jurídica é própria e diferente das vontades dos seus integrantes e também da mera soma das vontades, mesmo porque ela deve afinar-se com os objetivos adrede estabelecidos para a pessoa jurídica.

Pela teoria da realidade jurídica, assim como a própria personalidade humana é declarada pelo ordenamento jurídico, da mesma forma também o é a personalidade da pessoa jurídica. O Direito é fenômeno histórico, podendo, conforme a época, atribuir personalidade ou não à pessoa. A pessoa natural existe independentemente de o Direito lhe reconhecer personalidade. Assim também ocorre com as pessoas jurídicas, que existem na realidade fática, e, por isso, o direito as reconhece, atribuindo a elas personalidade jurídica.

Para bem entender a pessoa jurídica, deve-se conjugar as duas últimas teorias, pois a pessoa jurídica somente é entendida como realidade jurídica, por ser, antes, realidade objetiva, ou seja, constatável no plano da materialidade social.

As pessoas jurídicas podem ser classificadas sob vários aspectos. Assinala-se alguns deles, entre os quais, quanto à nacionalidade, quanto à sua estrutura interna e quanto à sua função e capacidade.

Quanto à nacionalidade, as pessoas jurídicas podem ser *nacionais* ou *estrangeiras*, conforme sua vinculação à ordem jurídica que lhe atribuiu personalidade.



Quanto à sua estrutura interna, podem ser *universitas personarum*, que é aquela constituída por um grupo de pessoas, como ocorre com as sociedades civis ou mercantis; ou *universitas bonorum*, que é a constituída por um patrimônio afetado por um determinado fim, como, por exemplo, as fundações.

Quanto à sua função e capacidade, as pessoas jurídicas podem ser de direito público ou de direito privado. As de direito público podem ser internas e externas. São pessoas jurídicas de direito público interno a União Federal, cada um dos Estados e o Distrito Federal, e cada um dos municípios legalmente constituídos, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei (Código Civil, art. 41)³⁷. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo Direito Internacional Público (Código Civil, art. 42), como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), entre outras.

São pessoas jurídicas de direito privado as sociedades civis, pias, religiosas, morais, científicas, literárias, as fundações, as sociedades mercantis e os partidos políticos.

Personalidade é a capacidade atribuída pelo ordenamento jurídico ao ser humano ou agrupamento de seres humanos (pessoa jurídica) para figurar numa relação jurídica como sujeito de direito (sujeito ativo ou sujeito passivo).

Como assevera Orlando Gomes,

A personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. Mas não só o homem tem

³⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h21min.



personalidade. Têm-na também os grupos de indivíduos constituídos na forma da lei.³⁸

Já capacidade pode ser entendida como a medida da personalidade jurídica. Se é certo que todas as pessoas têm personalidade jurídica, nem todas tem a possibilidade de exercer diretamente os atos da vida jurídica. A capacidade de gozo (ou de direito) é a própria capacidade da pessoa de ser sujeito de relação jurídica, conceito que se confunde com o de personalidade jurídica. Já a capacidade de exercício (ou de fato) é aquela que permite à pessoa exercer pessoalmente os atos da vida jurídica. Um menor impúbere (menos de 16 anos) tem personalidade jurídica, logo capacidade de gozo ou de direito, mas não tem capacidade de exercício, pois não pode praticar diretamente atos jurídicos, dependendo de representação.

A incapacidade de exercício pode ser absoluta ou relativa. O art. 3º do Código Civil dispõe que são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento necessário para a prática de seus atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. O art. 4º prescreve que são relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos. Os absolutamente incapazes são representados na prática dos atos jurídicos, enquanto os relativamente incapazes são assistidos. O exercício direto por pessoa incapaz, sem representação ou assistência, gera ou a nulidade ou a anulabilidade do ato.

Toda hipótese de incapacidade – como restrição da personalidade jurídica da pessoa – deve ser estabelecida em lei, sendo inexistente, do ponto de vista jurídico, qualquer outra restrição imposta por outro tipo de ato jurídico. Não se quer dizer com

³⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 141.



isso que esteja afastada a possibilidade de fixarem-se, mediante contrato, obrigações de não fazer. Tais obrigações distinguem-se, por sua vez, dos atos ilícitos, porque estes são vedados pelo ordenamento jurídico, enquanto as obrigações de não fazer são permitidas, impondo seu titular restrições de exercício por sua própria vontade. Uma coisa é obrigar-se a deixar de fazer alguma coisa permitida pelo ordenamento jurídico, outra coisa é estabelecer hipóteses de incapacidade além daquelas previstas na lei, ainda que decorrentes da própria manifestação de vontade. De fato, a obrigação de não fazer recai sobre determinado ato, e não sobre a capacidade do agente, que continua existindo para outros atos.

Ocorre a incapacidade absoluta quando a lei estabelecer proibição absoluta para o exercício direto e pessoal. A consequência da infringência de tal proibição é a nulidade absoluta do ato jurídico, conforme dispõe o Código Civil em seu art. 166. Assim, as pessoas absolutamente incapazes têm personalidade jurídica, mas não podem exercer diretamente os atos jurídicos, devendo ser representadas por quem a lei estabeleça: representante legal, tutor ou curador.

A incapacidade relativa incide sobre certas pessoas que podem praticar pessoal e diretamente atos jurídicos, mas desde que assistidos por quem a lei estabelece. A prática de ato jurídico sem a assistência conduz à anulabilidade do ato, conforme art. 171, inc. I, do Código Civil.

Aqui cabe fazer a distinção entre ato nulo e anulável. O primeiro é rejeitado pelo ordenamento jurídico de forma absoluta. Não pode ser convalidado, e sua existência independe de declaração judicial. Num processo judicial, a nulidade absoluta pode ser declarada de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de provocação das partes. Já o ato anulável pode ser convalidado pela vontade das partes, e a ratificação retroage à data de sua realização. Também, na hipótese de ato anulável, não pode haver pronunciamento judicial de ofício, pois a lei expressamente o proíbe (Código Civil, art. 177). Somente os interessados têm legitimidade para arguir a nulidade relativa, e a



declaração só aproveita aos que alegarem, exceto no caso de solidariedade e indivisibilidade.

Oportuno também diferenciar a capacidade de direito (ou de gozo) da legitimidade. Essa é a possibilidade que o ordenamento atribui normalmente a toda pessoa de praticar determinados atos jurídicos ou de ser sujeito ativo ou passivo de certas relações jurídicas. A legitimidade é, assim como a capacidade, atributo normal da personalidade, mas igualmente pode ser limitada pelo interesse social de o direito alcançar os fins aos quais se propõe, e em relação a certas pessoas e interesses. Enquanto a incapacidade recai sobre a prática de qualquer ato jurídico, a legitimidade pressupõe a capacidade e atinge certos atos jurídicos, como é o caso da proibição de o tutor adquirir bens do menor sob sua responsabilidade (Código Civil, art. 1.749, inc. I). O tutor tem capacidade jurídica para praticar atos jurídicos em geral, mas não tem *legitimidade* para o ato específico previsto na lei.

1.1.3.2 Objeto da relação jurídica

O objetivo maior da existência do ser humano é a felicidade. Toda a atividade humana em sociedade é destinada a tal fim. Por isso, *bem* é tudo aquilo que pode trazer felicidade – satisfação – ao ser humano, tanto que a etimologia da palavra bem (do latim *bene*) contempla o significado felicidade. Se a função do Direito é permitir a vida do homem em sociedade, não deixa de ser função do Direito garantir que o homem alcance a felicidade, regulando sua atividade na busca dos bens que ela visa a alcançar.

Toda norma jurídica estabelece uma prestação (dever jurídico) ao sujeito passivo, que corresponde a um direito subjetivo em favor do sujeito ativo. Isso significa dizer que toda relação jurídica tem um *objeto*, ou seja, aquilo que serve de conteúdo para o direito subjetivo. Ou, na lição de Vicente Ráo, “que o objeto da atividade dos



seres é o bem por ele visado”. E esclarece: “diz-se objeto dos direitos o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece”.³⁹

Caio Mário identifica o objeto da relação jurídica como sendo um *bem jurídico*. Para ele, *bem* é tudo que agrada ao ser humano, podendo ser o dinheiro, uma casa, um carro, uma herança, um crédito, o nome do indivíduo, a integridade física. Contudo, nem todos os bens são bens jurídicos, pois estes são os bens amparados pelo ordenamento jurídico.⁴⁰ De fato, a realidade jurídica é menos abrangente do que a realidade dos fatos. Assim como nem todos os fatos são fatos temporais da norma jurídica, assim como nem todas as relações humanas são relações jurídicas, assim também nem todos os bens da vida são bens jurídicos. Só serão bens jurídicos aqueles que o Direito proteger. Como ensina Vicente Ráo, após conceituar o objeto dos direitos como sendo o bem sobre o qual o titular exerce poderes que a ordem jurídica lhe reconhece, “o direito não disciplina a aquisição e o exercício do poder das pessoas sobre todos os bens da vida; contempla, ao contrário, apenas aqueles cuja incidência na ordem jurídica se faz necessária para a manutenção e o progresso da ordem social”.⁴¹

A definição do conceito de objeto do direito é tema movediço na teoria da relação jurídica. Orlando Gomes⁴² entende por objeto os bens jurídicos e as prestações. Os bens jurídicos são objetos dos direitos reais, enquanto as prestações são objetos dos direitos pessoais. Os bens jurídicos contemplam, segundo o referido autor, os bens econômicos e os não econômicos. Na noção de bens econômicos estariam as coisas e os direitos economicamente aferíveis. Assim, quanto à distinção de bens e coisas, sustenta que bens são o gênero que tem as coisas como espécie.

Da relação jurídica decorrem dois elementos, um ativo (direito subjetivo) e outro passivo (prestação ou dever jurídico). Como destaca Manuel A. Domingues de

³⁹ RÁO, 1999, p. 788.

⁴⁰ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 252.

⁴¹ Cf. RÁO, 1999, p. 788.



Andrade, o termo “objeto de relação jurídica” só é empregado com referência ao elemento ativo, ou seja, em relação ao direito subjetivo.⁴³ Daí dizer-se que o objeto da relação jurídica é, em verdade, objeto do direito subjetivo ou, simplesmente, objeto de direito. Conforme explica o referido autor (M. de Andrade), o direito subjetivo encerra um poder do titular de exigir a prestação contida na norma jurídica. Assim, sustenta que “o objeto dum direito subjetivo será precisamente aquilo sobre que recaem ou versam o poder ou poderes que tal direito confere ao seu titular”.⁴⁴

Os bens jurídicos podem ser, como leciona Clóvis Bevilacqua, o modo de ser da própria pessoa, as ações humanas e as coisas corpóreas e incorpóreas.⁴⁵ Daí pode-se sustentar que as relações jurídicas podem ter por conteúdo: a) os direitos da personalidade; b) os direitos obrigacionais; e c) os direitos reais. Por isso, o direito subjetivo contido na relação jurídica pode ter como objeto bens patrimoniais e bens não-patrimoniais. Os direitos da personalidade são bens não-patrimoniais, enquanto os direitos obrigacionais e os direitos reais são bens patrimoniais.

1.1.3.3 Distinção de objeto e conteúdo da relação jurídica

Quando se trata da questão referente ao objeto da relação jurídica ou ao objeto dos direitos, é preciso distinguir o *objeto* do *conteúdo* da relação jurídica. O conteúdo é a faculdade que decorre da norma jurídica, ou seja, é o conteúdo do direito subjetivo. Numa relação obrigacional de entregar coisa certa, o objeto é a coisa, e o conteúdo é a faculdade que o titular do direito subjetivo tem de exigir a prestação contida na norma jurídica. Um mesmo objeto pode ser fonte de vários conteúdos, simultâneos ou não. Um apartamento – objeto de direito – pode gerar o conteúdo de propriedade para o dono, de posse para o locatário, no caso de um contrato de locação.

⁴² Cf. GOMES, 1999, p. 199-204.

⁴³ Cf. ANDRADE, 1992, p. 187.

⁴⁴ ANDRADE, 1992. p. 188.

⁴⁵ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red, 1999, p. 64-65.



O conteúdo é o objetivo ao qual se propõe o direito. Já o objeto é o *bem* sobre o qual incide o direito subjetivo. Para melhor fixar as duas dimensões da relação jurídica, apresenta-se um exemplo. Se duas pessoas firmam um contrato de compra e venda de um automóvel, o conteúdo da relação jurídica é a faculdade de se exigir a prestação a qual está obrigado o sujeito passivo, isto é, para o vendedor, de entregar a coisa, e para o comprador, de pagar o preço. O automóvel e o dinheiro serão os objetos, pois servirão como instrumentos concretos para a realização do dever jurídico decorrente da norma.

Como esclarece Vicente Ráo, o objeto dos direitos é o bem sobre o qual incide o poder do titular; e o conteúdo dos direitos, aquilo que, por força do Direito, nós é facultado. Com base na doutrina de Coviello,

chama-se objeto dos direitos o que cai sob o poder do homem e conteúdo dos direitos aquilo que, em virtude do direito, podemos obter. De semelhante distinção desde logo se infere e por ela se explica como direitos vários podem ter o mesmo objeto e conteúdos diversos: assim, por exemplo, sobre a mesma coisa, várias pessoas podem ser titulares, uma do direito de propriedade, outra do de usufruto, outra do de servidão – direitos estes que, recaindo, embora, sobre o mesmo objeto, diferem entre si por seu conteúdo.⁴⁶

As relações jurídicas, assim, podem ter como conteúdo direitos obrigacionais, direitos da personalidade e direitos reais. Em cada tipo de relação jurídica há uma diferente abordagem do objeto correspondente. Nas relações jurídicas de direitos obrigacionais, pode ou não haver objeto. No caso de obrigação de entregar coisa certa, regida pelo artigo 233 e seguintes do Código Civil, o conteúdo é a faculdade que o credor (sujeito ativo) tem de exigir do devedor (sujeito passivo) a entrega da coisa. A coisa em si é o objeto da prestação. Já na obrigação de não fazer, existe conteúdo, que é a omissão a qual o devedor está obrigado, muito embora não exista o objeto

⁴⁶ Cf. RÁO, 1999, p. 789-790.



mediato. Tal possibilidade é reconhecida por Domingues de Andrade, para quem “[...] pode suceder que um direito não tenha objeto, mas há-de ter sempre conteúdo”.⁴⁷

Nas relações jurídicas de direito real, sobre as coisas, sempre haverá objeto e conteúdo, pois é pressuposto de tal relação a existência concreta da coisa. Se não existe a coisa, não existe o direito sobre ela, ou seja, ninguém pode exercer posse ou propriedade sobre coisa inexistente.

Vistos esses aspectos da teoria da relação jurídica, passa-se a analisar os aspectos próprios da teoria da relação jurídica de emprego e seus sujeitos, como pressuposto inarredável para o enfrentamento do tema referente à instrumentalidade da atual teoria da relação de emprego na defesa da dignidade da pessoa humana do trabalhador e, no caso negativo, das diretrizes para a formulação de uma nova teoria.

1.2 O TRABALHO COMO OBJETO JURÍDICO

1.2.1 *Conceito de trabalho*

A etimologia do vocábulo “trabalho” advém do latim, *tripaliare*, cujo significado era torturar, derivado de *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus. Da noção inicial de sofrimento, passou-se à de esforço, luta, pugna e, por fim, de trabalho.⁴⁸

Num sentido econômico, trabalho é um dos fatores de produção, sendo toda atividade humana voltada para a transformação de elementos da natureza, com a finalidade de satisfazer uma necessidade. Já o trabalho assalariado é típico do modo de

⁴⁷ ANDRADE, 1992, p. 189.

⁴⁸ CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 779.



produção capitalista, no qual o trabalhador, para poder sobreviver, vende ao empresário (capitalista-empregador) sua força de trabalho em troca de salário.⁴⁹

Do ponto de vista da teoria marxista⁵⁰, entende-se por trabalho abstrato uma mercadoria que encerra, ao mesmo tempo, um valor de uso e um valor. Assim, qualquer ato de trabalho é uma atividade produtiva de um determinado tipo, que visa a um objetivo determinado. E assim considerado, é trabalho útil ou trabalho concreto, cujo produto é um valor de uso. Note-se que esse aspecto da atividade de trabalho é uma condição da existência humana independentemente de qual seja a forma de sociedade; é uma necessidade natural eterna que medeia o metabolismo entre homem e natureza e, portanto, a própria vida humana.⁵¹

A partir dessa última concepção, a teoria marxista coloca a discussão da concepção filosófica do trabalho como expressão da própria condição humana. De fato, observando-se a história da evolução humana, percebe-se que a capacidade de transformar elementos da natureza para atender a suas necessidades de sobrevivência foi a marca evolutiva da espécie. Os primeiros grupos de humanóides surgiram há dois milhões de anos, durante o período paleolítico (Idade da Pedra Lascada). No período Neolítico, que sucedeu ao Paleolítico, quando as variações geológicas e climáticas são bem brandas, há transformações na face da terra em função da capacidade de o homem modificar seu meio ambiente. O período Neolítico iniciou-se há dez mil anos, com o desenvolvimento da agricultura, que trouxe a sedentarização do homem, a domesticação dos animais, o polimento da pedra, a cerâmica, a tecelagem, etc.⁵²

⁴⁹ Cf. SANDRONI, Paulo (Org.). *Dicionário de economia*. 7. ed. São Paulo: Best Seller, 1989, p. 313.

⁵⁰ Sobre uma visão da teoria marxista do Direito, ver EDELMAN, Bernard. *O Direito captado pela fotografia. Elementos para uma teoria marxista do Direito*. Coimbra: Centelha, 1976, e CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

⁵¹ BOTTMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 383.

⁵² Cf. EVOLUÇÃO das cidades, A. Rio de Janeiro: Abril, 1993. (Série História em Revista).



Passando pelos quatro estágios de hominídeos: o australopitecídeo, o pitecantropóide, o neandertalense e o moderno,⁵³ percebe-se que a história da evolução humana é marcada pela evolução do trabalho, ou seja, na capacidade do ser humano de transformar os elementos da natureza. O estágio australopitecídeo data, aproximadamente, de uns dois milhões de anos, não havendo registro de trabalho organizado, mas o homem já desenvolvia atividades rudimentares.

Depois dos australopitecos, os fósseis encontrados foram classificados como pertencentes ao estágio pitecantropóide. Os primeiros pitecantropos ou *Homo erectus* datam de cerca de 500 mil anos. Os pitecantropos dominavam o fogo, o que lhes permitiu habitar em cavernas e prolongar o período das atividades, antes limitado à existência de luz solar. Eles já utilizavam ferramentas para caça e outras pequenas atividades domésticas.⁵⁴

O *Homo sapiens* surgiu há cerca de 150 mil anos, possivelmente na África, como resultado da adaptação do *Homo erectus*. Desde então o *Homo sapiens* passa a conquistar todo o globo terrestre, num processo que o levou a ser a espécie dominante no planeta. A trajetória dos seres humanos sempre foi marcada pela inquietude e pela curiosidade. A necessidade de descobrir novos lugares, com melhores condições de vida, foi a tônica da evolução humana. As primeiras cidades surgiram há

⁵³ A evolução genética da espécie humana não é tema exato, pois os achados arqueológicos são fragmentados e a datação pelo carbono 14 (C14) não tem se mostrado tão exata como se imaginava. Contudo, estima-se que a origem dos primeiros humanóides remonte a cerca de quatro milhões de anos, com o *Australopithecus afarensis*, evoluindo pelo *Australopithecus africanus* (3 milhões de anos), *Australopithecus boisei* (2,6 milhões de anos), *Australopithecus garhi* (2,5 milhões de anos), *Australopithecus robustus* (2,5 milhões de anos), *Homo habilis* (2 milhões de anos), *Homo erectus* (1,8 milhão de anos), *Homo neanderthalensis* (40 mil anos), até o *Homo sapiens* (150 mil anos). Vide Revista IstoÉ, de 26 de abril de 2006, n. 1905, São Paulo: Ed. Três, 2006, p. 89-90.

⁵⁴ Cf. EVOLUÇÃO das cidades, A. Rio de Janeiro: Abril, 1993. (Série História em Revista).



cerca de 8 mil anos a.C.⁵⁵ Por volta de 3500 a.C., a civilização da Suméria começou a erguer-se, no Oriente Médio, entre os rios Tigre e Eufrates. Uma das grandes contribuições dos sumérios foram as cidades-estados, sendo provavelmente a mais conhecida delas a cidade de Ur, construída por Ur-Nammu, o fundador da terceira dinastia Ur, por volta de 2000 a.C. Em Ur já se praticavam a agricultura e a criação de animais, e havia uma incipiente industrialização têxtil da lã de carneiros. Isso foi possível pela utilização do barro da região da mesopotâmia, a partir do qual os homens fizeram blocos retangulares de tamanho uniforme, que foram usados na construção das cidades.⁵⁶

Para Juan Ramón Capella, o trabalho, em geral, é uma relação do homem com a natureza, que não é específica nem exclusiva da nossa espécie, pois ao procurar os meios de sobrevivência os demais animais também trabalham.⁵⁷

Enfim, de um olhar panorâmico pela história da humanidade percebe-se claramente que sua evolução repousa na capacidade de trabalhar, de forma que o trabalho é uma manifestação inequívoca da condição humana. Nesse sentido, Hannah Arendt concebe a noção de *vita activa*, que designa três atividades humanas fundamentais: o labor, o trabalho e a ação. Diz que são atividades fundamentais porque delas correspondem as condições básicas pelas quais a vida foi dada ao homem na Terra e explica cada uma delas. O labor “é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo de vida. A condição humana do labor é a própria vida”.⁵⁸ Já o trabalho

⁵⁵ Aproximadamente 3 mil pessoas viveram na cidade de Jericó, situada ao lado de uma fonte de água do rio Jordão (fronteira natural entre Israel e Jordânia). A evolução das cidades. Série História em Revista. Rio de Janeiro: Abril, 1993, p. 7.

⁵⁶ Cf. EVOLUÇÃO das cidades, A. Rio de Janeiro: Abril, 1993. (Série História em Revista).

⁵⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23.

⁵⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 15.



[...] é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência essa não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo “artificial” de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas as vidas individuais. A condição humana do trabalho é a mundialidade.⁵⁹

E, por fim, explica que a ação,

[...] única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política.⁶⁰

Assim, as três atividades (*vita activa*) e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições gerais da existência humana. O labor garante a sobrevivência da espécie e, assim, do indivíduo. O trabalho e seu resultado, o artefato humano, asseguram certa permanência à duração efêmera do ser humano. A ação gera condições, pela criação de corpos políticos, para a história.

A distinção entre labor e trabalho não é tarefa fácil, mesmo porque a própria comunidade lingüística não se interessa muito pelo tema, utilizando as expressões como sinônimas. Contudo, numa visão mais geral, pode-se designar o labor como a atividade humana destinada a atender às necessidades vitais do ser humano, enquanto trabalho é a atividade que transcende o labor, pois atende necessidades num nível superior do que as vitais (biológicas e/ou fisiológicas).

⁵⁹ ARENDT, 1997, p. 15.

⁶⁰ ARENDT, 1997, p. 15.



O ser humano sujeito exclusivamente às necessidades básicas de preservação da vida é, quando muito, um *animal laborans*. Nesse sentido, o ser humano não se diferenciaria de vários outros animais que, por herança genética, desenvolvem atividades para sobrevivência e perpetuação da espécie. Assim, se um ser humano vive na natureza somente desenvolvendo atividades para sobrevivência, colhendo alimentos da natureza, caçando e abrigando-se em cavernas, estará exercendo labor. Se, contudo, desenvolve atividades de alteração do estado da natureza, cortando árvores para construir casas ou limpando o terreno para plantar, estará desenvolvendo trabalho, pois cria uma condição artificial pela aplicação de suas forças e faculdades.

Observa Hannah Arendt que, apesar de essas atividades humanas estarem ligadas ao próprio desenvolvimento da espécie humana, é surpreendente que não se tenha produzido uma única teoria sobre a distinção clara entre *animal laborans* e o *Homo faber*, ou seja, entre o labor do corpo e o trabalho das mãos.⁶¹ O *Homo faber*, porque altera as condições naturais, é sempre um destruidor da natureza.

A importância do trabalho na evolução da espécie humana é tão fundamental que levou Marx a sustentar que foi o trabalho, e não Deus, que criou o homem e que é o trabalho, e não a razão, que distingue o homem dos outros animais.⁶²

Na era moderna, o trabalho adquire uma dimensão diferente. A dedicação do homem aos assuntos da *polis* do passado fez com que o trabalho fosse relegado aos servos que, com ele, tinham que suprir suas próprias necessidades, bem como as de seu senhor. A partir da Revolução Industrial, o fator gerador de riqueza mudou da terra para o produto manufaturado, ou seja, da produção agrícola para a produção industrial. Não se trata aqui de uma superação com extinção da produção agrícola, mas sim de uma sobreposição de produção, com maior valorização do novo modelo. Surge o

⁶¹ Cf. ARENDT, 1997, p. 96.

⁶² ARENDT, 1997, p. 97.



trabalho assalariado prestado pelo trabalhador livre, capaz de alienar sua força de trabalho ao capitalista para a inserção no processo de produção.

Com isso, o trabalho, como elemento integrante da condição humana, que possibilitou o desenvolvimento da espécie humana, passa a ser uma mercadoria, como destaca Karl Marx.⁶³ Os operários trocam sua mercadoria pela mercadoria do capitalista (dinheiro), cujo valor dá origem ao conceito de salário. Dessa forma, salário é o valor em dinheiro que o capitalista paga por determinado tempo de trabalho ou pela prestação de determinado trabalho. Dessa visão surge a noção de reificação do ser humano, pela qual ele passa a ser tratado como uma coisa. Reificação tem sido entendido como o ato de transformação das relações e ações humanas semelhantes a coisas.⁶⁴

1.3 RELAÇÃO DE EMPREGO

1.3.1 *Natureza Jurídica*

A abordagem referente à natureza jurídica da relação de trabalho é de extrema importância, pois disso depende a compreensão da teoria contemplada pelo direito positivo brasileiro, considerando a redação do art. 442 da Consolidação das Leis

⁶³ MARX, Karl. *Trabalho assalariado e capital*. São Paulo: Acadêmica, 1987, p. 23.

⁶⁴ A redução do homem trabalhador à sua força de trabalho, enquanto único interesse da sociedade capitalista, tem permitido inferir a categoria marxiana da “reificação” ou “coisificação”, já que *res, rei* [do latim], significa coisas, bens, propriedades, posses, interesse em alguma coisa. Pela reificação, transformam-se as propriedades humanas, as relações humanas e as ações humanas em propriedades, relações e ações de coisas. Quer-se dizer assim que, pela reificação, os homens são equiparados às coisas, ainda que, pela alienação, o homem seja separado das coisas que produz e nelas não mais reconheça seu trabalho. Apesar de o fenômeno da reificação estar em *O Capital*, de Marx (Cap. I e Cap. XLVIII), foi com os estudos de Lukács que houve o resgate dessa categoria. Há, contudo, uma passagem de Marx, no Cap. VI, que bem resume a reificação: “Valor, abstraindo sua representação puramente simbólica no signo de valor, existe apenas num valor de uso, numa coisa” (BOTTOMORE, 1997, p. 314-315). Sobre reificação, ver também ARENDT, 1997, p. 152-157.



do Trabalho⁶⁵, que assim dispõe: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Antes do disciplinamento específico da relação de emprego por um conjunto de normas protetivas,⁶⁶ o trabalho humano era regido pelo Direito Civil. Francesco Carnelutti, em um ensaio que posteriormente retificou, lançou a idéia de que a relação de emprego era um contrato de compra e venda, assemelhado à compra e venda de energia elétrica, pois o empregado vende sua energia ao empregador, que poderia utilizá-la da forma que entendesse mais conveniente.⁶⁷

Posteriormente, Cahtelain e Valverde sustentaram que a relação de emprego deveria ser entendida como um contrato de sociedade, pois através dele o empregado contribuía com sua energia de trabalho e o empresário com o capital, sendo o salário a participação correspondente ao trabalho. Essa concepção tem o mérito de iniciar a salvaguarda da dignidade humana do trabalhador, o mesmo ocorrendo com a tendência de submeter a relação de emprego ao contrato de mandato, no qual o empresário outorgaria ao trabalhador a execução de certas atividades.⁶⁸

O grande desafio no surgimento do Direito do Trabalho foi romper que a idéia de contratualismo individualista e subjetivista que reinava nas relações humanas em sociedade. Mario de La Cueva aduz que:

⁶⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h25min.

⁶⁶ Sobre o surgimento do Direito do Trabalho numa visão teórica marxista, ver LYRA FILHO, Roberto. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1982, e LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1980. Sobre uma compreensão materialista do surgimento do Direito do Trabalho, ver JEAMMAUD, Antoine. *Propostas para uma compreensão materialista do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987.

⁶⁷ Cf. DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 17.ed. Porrúa: México, 1999, p. 181.

⁶⁸ Cf. DE LA CUEVA, 1999, p. 181.



[...] a nova idéia implicaria que o direito regulador de um dos aspectos mais importantes das relações humanas passava sobre o princípio de que o contrato, baseado na autonomia da vontade, era fonte criadora dos direitos e obrigações nas relações entre os homens, tese que seria substituída pela doutrina que atribuía ao simples fato da prestação de um trabalho a força suficiente para criar, ainda que contra a vontade dos empresários, direitos e obrigações.⁶⁹

Com a doutrina de Mario de La Cueva, tem início uma importante teoria justificadora da relação de emprego, chamada de contrato-realidade.⁷⁰ Conforme adverte Cesarino Júnior, as relações humanas são reguladas por estatutos e contratos. O contrato individual de trabalho

seria precisamente a simbiose histórica destas duas normações que lembram, a primeira, a própria ordem jurídica com seus institutos de ordem pública; a segunda, as relações obrigacionais supostamente fundadas na autonomia das vontades, que só são efetivamente bilaterais entre pessoas que sejam, não só juridicamente iguais, mas também socialmente “equivalentes”.⁷¹

Por isso, pode-se concluir que as normas de proteção à relação de emprego tem natureza híbrida, pois são normas de direito privado com caráter de ordem pública.

1.3.2 Teorias da relação de emprego

Em oposição ao contratualismo liberal implementado e consagrado pelas revoluções burguesas, principalmente a Revolução Gloriosa (1688), na Inglaterra, e a Revolução Francesa (1789), surgem as teorias anticontratualistas. Essas teorias tinham também o objetivo de justificar o rompimento com o modelo de Estado liberal para permitir o surgimento do Estado intervencionista e, com isso, superar a crise de

⁶⁹ DE LA CUEVA, 1999, p. 182.

⁷⁰ Sobre o tema, vide OLIVEIRA, Olga M. Boschi Aguiar de. O Contrato-Lei no Direito do Trabalho Mexicano. In: Gilberto Stürmer. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149-167.



acumulação de capital do final do século XIX, cujos efeitos foram evidenciados na Grande Depressão (de 1929 – *crash* – a 1933 – *New Deal*), nos Estados Unidos.

Já na Europa entre guerras, em razão de várias pendências deixadas, entre as quais a condenação dos países perdedores em indenizar os vencedores, houve o ambiente político propício para o surgimento do fascismo,⁷² principalmente na Itália, Alemanha, Espanha e Portugal. O Brasil seguiu a tendência fascista, pelo Golpe de 10 de novembro 1937, tendo Getúlio Vargas instaurado o Estado Novo, que durou até 1945.

É nesse contexto que as teorias que visam a justificar o vínculo que une trabalhador e empregador devem ser entendidas.

A teoria contratualista “afirma a essencialidade da vontade. Sem a conjugação consciente de vontades não há relação de emprego. [...] Os contratualistas parecem omitir que a relação de trabalho, submetida a determinadas condições

⁷¹ Apud GENRO, Tarso. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 89.

⁷² Fascismo: Regime político totalitário que se caracteriza por domínio de um partido único, hipertrofia do aparelho policial, exaltação nacionalista, pregação do antiliberalismo e do anticomunismo, e defesa da ação do Estado como principal dirigente da economia nacional. Embora se tenha desenvolvido também na Alemanha (nazismo), Espanha (franquismo) e Portugal (salazarismo), foi na Itália, no período entre guerras, que o fascismo adquiriu um corpo doutrinário, que se materializou no governo de Benito Mussolini. No plano econômico, o fascismo combateu o capitalismo liberal típico do século XIX e aparelhou o Estado de organismos burocráticos para dirigir e controlar a atividade econômica e minimizar ao máximo as tensões sociais. Para realizar essa tarefa, os Estados fascistas instituíram o corporativismo, que se baseava na organização profissional e setorial de patrões e empregados. Embora em sua origem o fascismo se tenha caracterizado por forte sentimento anticapitalista, pois pregava uma nação livre do “capitalismo de rapina” – sobretudo o capital financeiro –, depois de investidos no poder os fascistas tornaram-se instrumento dos grandes grupos monopolistas italianos e alemães, aos quais interessava a política expansionista de grande nação e o combate ao movimento reivindicatório dos operários. Profundamente enraizado nos setores da classe média, o fascismo foi fruto da crise social e econômica em que a Europa enveredou após a Primeira Guerra Mundial – devastada pelo conflito, por uma espiral inflacionária incontrolável, pelo desemprego, e abalada pelas tensões políticas entre as correntes liberais, social-democratas e socialistas (SANDRONI, 1989 p. 119).



concretas, direciona inapelavelmente a ‘vontade’ para o contrato, reduzindo a autonomia das partes da maneira formidável”.⁷³

Já a teoria anticontratalista, apesar de negar a manifestação de vontade das partes como fundamento básico da relação de trabalho, não desconsidera, de forma absoluta, a necessidade de consenso, pois, conforme destaca Mario de La Cueva, a concorrência de vontade do trabalhador é necessária para a relação de trabalho, porque ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem o seu pleno consentimento.⁷⁴ Assim, a teoria em questão, de uma forma geral, é a que reduz a vontade do empregado a quase nada, “estruturando sua tese no que chamam de ‘fato de trabalho’ e no ‘dever de fidelidade’ do obreiro”.⁷⁵ Tal concepção, como ainda sustenta Genro,

[...] lembra as relações servis do feudalismo, mascaradas com uma linguagem piegas de concepção ‘comunitária’ da empresa. É evidente que a tentativa de mascaramento das relações de dominação que são expressas juridicamente pelo contrato de trabalho é o que informa esta escola, que parece defender que são idênticos os interesses dos capitalistas e trabalhadores.⁷⁶

A teoria anticontratalista parte do princípio de que a empresa é uma “organização comunitária” essencial. Assim, a relação de emprego existe porque é necessária para a existência dessa organização.

A teoria é ainda mais bem entendida se contextualizada. Tal teoria surgiu na Alemanha (Gierke e Molitor) do entre guerras, não obstante seus primeiros ensaios terem sido publicados em 1914, durante o regime nazista, sucedâneo do fascismo, de características antiliberais. Isso explica por que a teoria nega a vontade, elemento

⁷³ Apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92.

⁷⁴ Cf. DE LA CUEVA, 1999, p. 188.

⁷⁵ Apud NASCIMENTO, 1989, p. 276.

⁷⁶ GENRO, 1994, p. 91.



essencial do contratualismo liberal vigente. Com isso, “A organização do trabalho transferiu-se para a empresa concebida, então, como célula primária da vida econômica nacional”.⁷⁷

O contrato de trabalho não se vincula à relação de troca patrimonial. Como asseveram Orlando Gomes e Elson Gottschalk,

O operário não promete uma prestação material, obriga a si próprio, e liames que o prendem ao empregador, tais como a subordinação e a fidelidade mútua, recordam os que são encontrados no direito familiar. Assim, os membros de uma empresa formam uma associação de trabalho (*Arbeitsverband*) em que as partes são inseparáveis umas das outras. A empresa forma um conjunto orgânico, submetido a um estatuto pelo Direito do Trabalho.⁷⁸

Conforme adverte Evaristo de Moraes Filho, segundo essa teoria, que contempla as teorias da inserção e da ocupação, “não há contrato, mas simples relação de fato, de inserção, de ocupação ou de incorporação, pela qual nasce o *status* de empregado”.⁷⁹

Tarso Genro destaca uma variação da teoria anticontratualista, qual seja, a teoria acontratualista (ou paracontratualista), que

não nega a voluntariedade ou a subjetividade da relação de emprego, que considera oriunda de ato jurídico bilateral. Para o acontratualista, porém, o que determina a existência da relação de emprego é a simples *consciência de integrar-se na empresa*, “independentemente do contrato”. Tal teoria, como se vê, apenas não envolve a relação contratual com seu nome, pois a “simples integração”, que é consensual, e a receptividade do empregador,

⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 154.

⁷⁸ GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p. 153.

⁷⁹ MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antônio Carlos. *Introdução do direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 271.



que também é consensual, são postas em andamento para a percepção de uma retribuição ajustada.⁸⁰

Assim, já não basta o simples fato da prestação do trabalho.

Outra vertente que pretende justificar a teoria anticontratalista é a teoria do ato-condição. Já “em 1922, Georges Scelle, trazendo para o Direito do Trabalho as noções de Léon Duguit, defendia a noção de *engajamento (embauchage)* como início do possível contrato de trabalho, mediante simples consentimento tácito de adesão. Esta adesão é um mero ato-condição”.⁸¹ Délio Maranhão⁸² destaca que o ato-condição se configura na admissão, suscitando a aplicação do estatuto de normas de proteção ao trabalho, havendo tão-somente a *liberdade de contratar*.⁸³

A teoria institucionalista – ou da instituição –, também de cunho anticontratalista, foi desenvolvida na França e não nega a manifestação de vontade na formação da relação de emprego, mas sim que esta afirma-se cada vez mais estatutária pela intervenção do Estado. Como afirma Tarso Genro, “Na verdade, não se constitui numa teoria sobre a natureza jurídica da relação de emprego, mas é uma constatação de sua situação histórica imediata, ao nível do desenvolvimento das relações jurídicas na atualidade”.⁸⁴

O institucionalismo entende a empresa como uma instituição produtiva. Como tal, a empresa impõe objetivamente sua idéia diretiva a um grupo de pessoas que

⁸⁰ GENRO, 1994, p. 91.

⁸¹ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 271.

⁸² Cf. MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 11.ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 228.

⁸³ “A autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. *Liberdade de contratar* é faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto *liberdade contratual* é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato” (WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil: obrigações e contratos*. 9. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 151).

⁸⁴ GENRO, 1994, p. 92.



a seguem – os empregados. Assim, elas aderem aos objetivos da empresa-instituição que são duráveis e contínuos. Como lembra Amauri Mascaro Nascimento, “O empregado, à luz do institucionalismo, submete-se a uma situação fundamentalmente estatutária, sujeitando-se às condições de trabalho previamente estabelecidas por um complexo normativo constituído pelas convenções coletivas, pelos regulamentos das empresas, etc.”.⁸⁵ Assim, ao ingressar na empresa, o empregado apenas se sujeita às condições pré-existentes. Nesse sentido, a teoria institucionalista se aproxima da teoria do ato-condição.

A teoria do contrato-realidade – ou teoria da relação de trabalho ou teoria da relação de ocupação ou incorporação –, que adota a abordagem do positivismo sociológico, é sustentada por Mario de La Cueva, que aderiu às idéias do anticontratualismo de Molitor (a relação de emprego não decorre de contrato, mas da realidade da prestação do trabalho decorrente da inserção do trabalhador na empresa). Segundo essa teoria, o contrato individual de trabalho

deixou de ser um ato puramente subjetivo, quer dizer, uma relação entre duas pessoas, trabalhador e patrão, criadora de direitos e obrigações recíprocas, e converteu-se em uma relação objetiva entre o trabalhador e a empresa [...] a relação de trabalho é a condição jurídica na qual se encontra o trabalhador dentro da empresa, sem que seja necessário considerar a causa ou a fonte que deu origem à prestação de serviços.⁸⁶

Nesse sentido, como sustenta Tarso Genro, “o contrato de trabalho é um contrato-realidade, pois existe, conforme o autor, não um acordo de vontades, mas a realidade da prestação de serviços, porque é o *próprio trabalho* e não o acordo de vontades que determina a existência do pacto”.⁸⁷

⁸⁵ NASCIMENTO, 1989, p. 278.

⁸⁶ Apud GENRO, 1994, p. 93.

⁸⁷ GENRO, 1994, p. 93.



A teoria do contrato-realidade, ao contrário das demais, não se baseia na vontade de ser a empresa uma organização comunitária, nem na vontade das partes, mas sim da materialidade fática objetiva da prestação do trabalho. A simples inserção da força de trabalho do empregado no processo de produção capitalista do empregador faz nascer a relação e, por conseguinte, o próprio contrato individual de trabalho.

É possível, portanto, com diz Tarso Genro, “a existência do contrato de trabalho contra a predisposição subjetiva do empregador e sem a consciência do trabalhador a respeito do significado da situação jurídica objetiva, que é detonada pela simples execução”.⁸⁸ Por tal conceito, percebe-se que o contrato de trabalho, apesar de repousar numa base de vontade, pois a prestação do trabalho depende da vontade do trabalhador, se estabelece mesmo contra a vontade das partes, quando presentes os elementos materiais previstos na legislação.

1.3.3 Contrato de trabalho e relação de emprego

O estudo das teorias acerca da natureza jurídica da relação de trabalho fornece precioso subsídio para a compreensão das ligações entre o contrato de trabalho⁸⁹ e a relação de trabalho. Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁹⁰ destacam que a distinção não é substancial, pois se trata de aspectos de uma mesma realidade. “O contrato é, com efeito, o *aspecto subjetivo* de um fato que se objetiva na relação. Ora, o problema consiste justamente em saber se esse aspecto subjetivo pode ser eliminado, e não em se acentuar que difere do *aspecto objetivo*.” É que, se a mera execução do serviço (relação de trabalho) é suficiente, o contrato não seria de nenhuma utilidade prática, pois prescindível. Isso, contudo, não ocorre, pois a manifestação de vontade

⁸⁸ GENRO, 1994, p. 94.

⁸⁹ Sobre uma visão crítica da formação histórica do contrato individual de trabalho, ver GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: L&PM, 1979. Sobre novos paradigmas da teoria contratual, ver NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



(liberdade de contratar) é elemento formador da relação no concernente a seu aspecto subjetivo, enquanto a efetiva execução do trabalho é aspecto objetivo do contrato.

Operando na mesma esfera, a relação de trabalho, como adverte Evaristo de Moraes Filho, faz presumir, subentender, a existência de um contrato de trabalho, como acordo expresso ou tácito, “desencadeando a aplicação das normas protetoras”,⁹¹ já que a relação e o contrato são partes de um todo.

Entretanto, a exata distinção entre a relação de trabalho, como *aspecto objetivo*, ou seja, materialidade fática objetiva, e o contrato de trabalho, como *aspecto subjetivo*, formal, permite efeitos fundamentais na aplicação dos princípios do Direito do Trabalho. É que um pode existir sem o outro. Por exemplo, no caso de reintegração do empregado estável, após o julgamento definitivo de ação de inquérito judicial para apuração de falta grave, precedida de suspensão do empregado, o período de afastamento é tido como de efetivo contrato de trabalho, muito embora não tenha havido relação de trabalho. E pode haver contrato sem a relação de trabalho, como no caso de contrato para execução de trabalho futuro em outra localidade. Esse último exemplo também é trazido por Cavazos Flores, quando afirma que “se pode dar o caso de que exista um contrato de trabalho sem relação laboral, como quando se celebra um contrato e se ajusta que o serviço se preste posteriormente”.⁹²

Por outro lado, pode haver relação de trabalho sem o aspecto formal, quando há o reconhecimento de nulidade absoluta do contrato. É o caso de contratação de trabalhador pela administração pública sem prévio concurso público (Constituição

⁹⁰ GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p. 157.

⁹¹ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 274.

⁹² CAVAZOS FLORES, Baltasar. *40 lecciones de derecho laboral*. 8.ed. México: Trillas, 1994 (reimpr. 1996), p. 102 – “se puede dar el caso de que exista un contrato de trabajo sin relación laboral, como cuando se celebra un contrato y se pacta que el servicio se preste posteriormente”.



Federal⁹³, art. 37, inc. II c/c § 2º). O contrato, nesse caso, é nulo por expressa disposição constitucional, mas o *aspecto objetivo* – a relação de trabalho – não pode ser desconsiderado, razão pela qual surte efeitos patrimoniais, como também ocorreria com o trabalho proibido do menor de 14 anos (Constituição Federal, art. 7º, inc. XXXIII). Equivale a dizer: apesar da existência da relação de trabalho, o fenômeno jurídico se nega a dar validade formal a ela.

Também, é a partir da distinção da relação de trabalho e do contrato que se pode entender a ilegalidade da terceirização e a possibilidade de reconhecimento de vínculo direto entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

Por essa razão, Evaristo de Moraes Filho⁹⁴ chega a sustentar que, como o contrato é sempre presumido no caso de haver a relação de trabalho, a decretação de nulidade do contrato somente opera efeitos *ex nunc*, devendo o empregador, como beneficiário direto da prestação do trabalho, remunerá-lo, sob pena de configurar enriquecimento ilícito.

Uma coisa é certa: o contrato de trabalho, como relação jurídica, pode se formar inclusive contra a vontade das partes. Mas isso não é novidade, pois há muitas relações que se formam assim, cabendo exemplificar com a relação obrigacional decorrente do ato ilícito.

O art. 442 da CLT adota uma concepção mista, pois, ao mesmo tempo em que prevê a figura do “acordo”, não deixa de reconhecer a supremacia da materialidade quando o admite como “tácito”. Por sua falta de opção precisa, os doutrinadores estão divididos. Tarso Genro defende que “O acontratualismo escora-se, no caso da lei brasileira (art. 442 da CLT), numa teoria ‘estatutária’ da relação de

⁹³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.

⁹⁴ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 274.



emprego, identificando esta [relação de emprego] com o próprio contrato”.⁹⁵ Já Mozart Victor Russomano entende, ao comentar o art. 442 da CLT, que “A lei brasileira, ao contrário dessa tendência (teoria anticontratalista do contrato-realidade), é contratualista”.⁹⁶ Assim, parece conciliadora a posição de Délio Maranhão ao sustentar que “Há, nesta definição, um misto de contratualidade e institucionalismo”.⁹⁷

1.3.4 Relação de emprego e relação de trabalho

A diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego é relativamente simples. Mozart Victor Russomano esclarece: “É claro que a relação de trabalho não se confunde com a relação de emprego. O trabalhador autônomo, o trabalhador eventual e o funcionário público estão ligados à pessoa daquele em benefício do qual o serviço é prestado por força de uma relação de trabalho, mas inexistente relação de emprego entre eles”.⁹⁸

De fato, para haver a relação de emprego é necessária a existência de subordinação hierárquica, elemento caracterizador do próprio contrato de trabalho; é, em outras palavras, o elemento da alteridade, defendido por Alonso Olea. Segundo este, tal elemento é essencial para a configuração da relação de trabalho. Alteridade, conforme lição de Octavio Bueno Magano, significa “prestação de serviços por conta alheia”.⁹⁹ Pela alteridade, o empregado, apesar de comprometer-se a prestar o trabalho, abre mão dos frutos desse trabalho, que serão do empregador, que, por isso, assumirá os riscos da atividade econômica, não podendo repassá-los ao empregado. É o que se chama de *trabalho alienado*, pelo qual o empregado, em face da divisão do trabalho,

⁹⁵ GENRO, 1994, p. 91.

⁹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I, p. 388.

⁹⁷ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 230.

⁹⁸ RUSSOMANO, 1990, p. 389.

⁹⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1988, v. II, p. 46.



como divisão de tarefas conforme a posição ocupada na estrutura do processo de produção, não se identifica com o produto de seu trabalho, vendo-o como algo estranho a sua personalidade.

Assim, o capitalista, como proprietário dos fatores de produção, se assenhora dos frutos do trabalho coletivo, viabilizando a acumulação de capital e sua decorrente reprodução. Por alienar sua força de trabalho, o empregado presta serviços por conta do capitalista, daí decorrente o elemento da alteridade. Assim, esse elemento corresponde ao trabalho prestado para outro – o capitalista –, que se apropria dos frutos do trabalho do empregado.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004,¹⁰⁰ o tema da conceituação da relação de trabalho adquire novos contornos. Isso porque, com a reforma do Poder Judiciário, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada, para incorporar não mais só as ações decorrentes da relação de emprego (entre empregado e empregador), mas também as oriundas da relação de trabalho, além de outras, conforme se depreende do art. 114, inc. I, da Constituição Federal. Assim, se antes bastava dizer que a relação de emprego era espécie do gênero relação de trabalho, partindo-se para a configuração daquela como pressuposto da competência da Justiça do Trabalho, atualmente o desafio é maior, pois se torna necessário definir o que venha a ser relação de trabalho e, o mais importante, que contratos estão abrigados nesse conceito.

Sabe-se que a relação de emprego abriga o contrato individual de trabalho, mas que contratos a relação de trabalho acolhe? Para tanto, é necessário definir os elementos constitutivos do conceito de relação de trabalho. É importante notar

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art5>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.



que a abordagem desse tema tem sido permeada por aspecto voluntarista, ou seja, a dimensão do desejo do intérprete extrapolando a análise estritamente jurídica. Sem defender o tecnicismo exacerbado, impõe-se procurar estabelecer os contornos da relação de trabalho a partir da visão da ciência do Direito.

Por outro lado, a Emenda Constitucional n. 45 não criou novas ações, mas tão-somente transferiu certas ações antes da competência da Justiça Estadual comum e da Justiça Federal para a Justiça do Trabalho. Diante dessa alteração, o desafio não é somente interpretativo, mas o de romper os condicionamentos jurídicos consolidados desde o surgimento da Justiça do Trabalho. Tal condicionamento leva o intérprete a sempre voltar à mesma conexão interpretativa de entender a relação de trabalho como relação de emprego e vice-versa.¹⁰¹

Com a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, ao mencionar que a Justiça do Trabalho tem competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, houve alteração do critério fundamental de fixação de competência. Na redação anterior,¹⁰² adotava-se o critério subjetivo (trabalhadores e

¹⁰¹ Exemplo gritante dessa imprópria confusão é expresso na liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3393, requerida pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES, sendo requerido o Congresso Nacional. Na conclusão da liminar proferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Nelson Jobim, resta dito que: Não há que se entender que a Justiça Trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8112/90 e pelo Direito Administrativo, *são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT.* [...] em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inc. I do art. 114 da CF, na redação da EC n. 45/04. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inc. I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o poder público e seus servidores [...]”. Percebe-se claramente que a alteração constitucional não foi suficiente para alterar a visão condicionada de entender a competência da Justiça do Trabalho vinculada à relação de emprego, como se fosse o mesmo que relação de trabalho.

¹⁰² Redação do Art. 114 da Constituição Federal antes da Emenda Constitucional n. 45: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da



empregadores), pois se fixava a competência a partir dos sujeitos envolvidos na relação jurídica. Com a nova redação, acolhe-se o critério objetivo, pois a competência se fixa a partir da relação de trabalho objetivamente existente. Daí o desafio de fixar-se o conceito de relação de trabalho e seus elementos constitutivos.

A relação de trabalho é aquela que contempla o trabalho subordinado da relação de emprego e o trabalho não-subordinado ou autônomo. Como critério de definição pode-se partir da noção de que relação de trabalho é aquela que tenha como conteúdo o trabalho humano, expressado tanto como atividade física como intelectual. Por ser trabalho humano, o realizador da atividade há de ser sempre e necessariamente pessoa física ou natural. Com isso, afasta-se do conceito de relação de trabalho aquelas em que a prestação de certas atividades é feita por pessoa jurídica. Por outro lado, o tomador da atividade, ou seja, a quem se destina e quem se aproveita da atividade realizada, pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica. Até aqui para certo consenso. Importa, então, enfrentar outro aspecto, o da onerosidade e da dependência econômica. A questão é: um contrato, para ser entendido como relação de trabalho, há de ser necessariamente oneroso? Por influência dos elementos configuradores da relação de emprego, pode-se dizer que só há relação de trabalho quando a realização da atividade por pessoa física tem alguma contraprestação econômica. Contudo, a questão não parece tão simples. Não se tem negado que, com a Emenda Constitucional n. 45, o contrato de estágio veio para a competência da Justiça do Trabalho e, assim, integra a noção de relação de trabalho. Esse contrato é regido pela Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977¹⁰³, que dispõe que deve “propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem e ser planejados, executados, acompanhados e avaliados em

administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

¹⁰³ BRASIL. Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h30min.



conformidade com os currículos, programas e calendários escolares” (art. 1º, § 3º). E ainda que: “O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais”.

Denota-se, assim, que o contrato de estágio pode ou não contemplar bolsa ou qualquer outra forma de contraprestação, havendo estágio em que o estagiário nada recebe. O fato de o estágio não ser oneroso não desnatura sua condição de relação de trabalho e, por isso, da competência da Justiça do Trabalho. Seria, de fato, um impropério sustentar que o contrato de estágio com bolsa seria relação de trabalho e o sem bolsa não o seria.

Outro contrato que passou a ser da competência da Justiça do Trabalho por ser considerado uma relação de trabalho é o de mandato. Dispõe o art. 653 do Código Civil que: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”. O mandatário ou procurador deve ser necessariamente pessoa física, que exerce atividades destinadas à consecução do objeto do contrato. Tal conclusão decorre do conjunto de normas que regem tal contrato, especificamente o art. 667 ao dispor que: “O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”. Assim, trata-se de trabalho humano contemplado como relação de trabalho. O contrato de mandato pode ser um contrato acessório do contrato de trabalho, como pode ocorrer com os gerentes e diretores, desde que eles sejam empregados.¹⁰⁴ Assim, sendo o contrato de mandato sujeito à

¹⁰⁴ A Súm. 269 do TST autoriza que o diretor de empresa não seja empregado e mesmo o empregado eleito para tal cargo tem seu contrato de trabalho suspenso. (“O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.”)



competência da Justiça do Trabalho, deve ser entendido como uma relação de trabalho. E note-se que o contrato de mandato é presumivelmente gratuito,¹⁰⁵ caso em que é não-oneroso. Esses exemplos já são suficientes para revelar que o elemento da onerosidade não é constitutivo do conceito da relação de trabalho.

Outro elemento importante de ser investigado como constitutivo do conceito de relação de trabalho é a continuidade, ou seja, será relação de trabalho somente aquela em que a atividade humana é prestada de forma continuada, ou também o será a de execução de ato único. Tal elemento tem correlação indireta com o fator tempo, pois geralmente as prestações continuadas têm uma projeção temporal maior do que as de prestação única. Assim, resta saber se somente podem ser considerados como relação de trabalho os contratos de prestação continuada. A definição dessa questão pode incluir ou excluir várias hipóteses de contratos que, em princípio, estariam previstos na noção de relação de trabalho.

Também nesse aspecto não se deve permitir que o condicionamento de vincular a noção de relação de emprego com a competência da Justiça do Trabalho ofusque horizontes mais longínquos e condizentes com a nova redação constitucional. É que a relação de emprego tem como um dos princípios regentes o da continuidade, pelo qual se deve dar-lhe a maior duração possível, sendo excepcionais as condições de validade dos contratos por prazo determinado. Isso porque o serviço prestado pelo empregado tem natureza não eventual, ou seja, insere-se nas exigências permanentes da atividade econômica desenvolvida pelo empregador, o que gera a idéia de continuidade na prestação do trabalho. Já outros contratos abrigados pelo conceito de relação de trabalho não têm tal característica, ou seja, o trabalho pode ser eventual e, assim, não necessariamente contínuo.

¹⁰⁵ Código Civil, art. 658: “O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa”.



O contrato de empreitada, quando o empreiteiro for pessoa física, independentemente de ser operário ou artífice,¹⁰⁶ é, a partir do advento da Emenda Constitucional n. 45, da competência da Justiça do Trabalho. Como já referido, quando o prestador da atividade for pessoa jurídica, não se terá relação de trabalho. O contrato de empreitada tem por objeto a realização de certa obra, contribuindo somente com seu trabalho (empreitada de labor) ou também com os materiais necessários (Código Civil, art. 610). A obra é, por definição, uma atividade eventual e pode ter duração variada, conforme sua complexidade e extensão. Tanto é obra a construção de uma casa como o reparo de um muro. Tanto é empreitada a obra que dure um ano como a que dure três dias, por exemplo. Enfim, a duração e a complexidade da obra não desnaturam o contrato de empreitada. Num caso como no outro, será relação de trabalho e haverá competência da Justiça do Trabalho. Assim, parece inconsistente a alegação de que somente haverá relação de trabalho quanto houver continuidade da prestação do trabalho. De fato, tal assertiva mais parece uma manutenção da confusão entre relação de trabalho e relação de emprego.

Por fim, parece apresentar-se um último elemento configurador do conceito de relação de trabalho, qual seja, o do profissionalismo. Não se trata de a atividade ser prestada de forma onerosa ou gratuita; profissionalismo é outra coisa. Trata-se da maneira, da postura, da intenção, da atitude pela qual a atividade é prestada. Ainda que no contrato de corretagem o corretor profissional nada receba por seu serviço, por tratar-se de um contrato de resultado, ainda assim, sua intenção seria de receber. Agiu como profissional. O mesmo ocorre com o contrato de mandato judicial. O advogado é um profissional que age com determinada postura perante a

¹⁰⁶ O art. 652, alínea “a”, inciso III, da CLT dispunha ser da competência da Justiça do Trabalho, mesmo sob a égide das Constituições anteriores, “os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice”. Assim, era pressuposto para a referida competência que o empreiteiro não fosse pessoa jurídica e, mesmo física, exigia-se que sua condição material se equiparasse com a do empregado. Caso fosse constatado que o empreiteiro pessoa física se valia de certo número de ajudantes que lhe retirava a condição de operário ou artífice, operava-se a incompetência da Justiça do Trabalho.



outra parte e a sociedade. Pode nada receber, quando, por exemplo, houver cláusula de sucesso, caso em que somente receberá no caso de vitória da ação judicial. Mas também nesse caso agirá como profissional. Diferentemente, pode haver um contrato de mandato entre amigos ou parentes, para que o mandatário represente o mandante na prática de algum ato de interesse pessoal (casamento ou inscrição em concurso). Nesse caso, o mandatário não estará, em princípio, agindo com profissionalismo, mas sim a partir de outra postura, vinculada em relações de amizade ou parentesco.

No caso de o prestador da atividade agir com profissionalismo, haverá relação de trabalho e correspondente competência da Justiça do Trabalho. Ao contrário, se agir por favor, sem caráter profissional, não haverá relação de trabalho e haverá incompetência da Justiça do Trabalho.

Assim, pode-se sistematizar os elementos constitutivos da relação de trabalho como sendo: a) pessoalidade (trabalho humano prestado por pessoa natural ou física); b) pessoa física ou jurídica no papel de tomador da atividade; c) onerosidade ou gratuidade do trabalho; d) trabalho prestado com continuidade ou por ato único; e e) profissionalismo.

Definidos os contornos conceituais da relação de trabalho, importa estabelecer concretamente quais contratos são contemplados por ele, e se total ou parcialmente. Não resta dúvida de que o contrato de trabalho insere-se integralmente na noção de relação de trabalho. No contrato de trabalho o prestador da atividade (o empregado) é sempre pessoa física, que presta serviço de natureza não eventual, sob subordinação e mediante salário. Importa, preliminarmente, investigar se as relações de consumo se inserem no conceito de relação de trabalho.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), a relação de consumo é aquela estabelecida entre o consumidor e o fornecedor. Consumidor, nos termos do art. 2º, é toda pessoa física ou jurídica que



adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (CDC, art. 3º).

Resta claro que nem todas as relações de consumo estarão sob a competência da Justiça do Trabalho. Ficam, de plano, excluídas da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo cuja atividade seja de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, bem como a prestação de serviços quando o prestador seja pessoa jurídica.

A dúvida recai, para delimitar o tema de questionamento, sobre as relações de consumo de prestação de serviços quando o prestador seja pessoa física.

Quando se tem uma alteração no ordenamento jurídico, principalmente no texto constitucional, o meio jurídico é tomado por certo frenesi, que muitas vezes impede de perceberem-se as mudanças, somente apreendidas se confrontadas com as condições do passado, ou seja, antes da alteração. De fato, só se pode perceber o que mudou se se tiver a exata dimensão de como era.

A Justiça do Trabalho, por expressa disposição do art. 652, inc. III, da CLT, já tinha competência para julgar ações decorrentes do contrato de empreitada. Tal contrato encerra uma relação de trabalho, e não uma relação de emprego. Claro que o texto legal não trazia para a competência da Justiça do Trabalho todos os contratos de empreitada, mas somente aquele em que o empreiteiro fosse pessoa física e, ainda assim, operário ou artífice. Assim, o contrato de empreitada em que o empreiteiro fosse pessoa jurídica estaria fora dessa competência. Assim também ocorreria quando o empreiteiro fosse pessoa física, sem a condição de operário ou artífice, ou seja,



exercesse atividade com vários auxiliares ou ajudantes, constituindo-se em verdadeira empresa informal.

Por isso, quando o empreiteiro fosse operário ou artífice, a competência seria da Justiça do Trabalho. Se um pedreiro fosse contratado para fazer reparos numa empresa comercial, haveria um contrato de empreitada cujas controvérsias seriam dirimidas pela Justiça do Trabalho. O mesmo ocorria quando uma pessoa física contratava o mesmo empreiteiro para fazer obra em sua residência. Era assim e continua sendo. Nesses casos, o juiz do trabalho não aplica o Direito do Trabalho para resolver a lide, mas sim as normas de Direito Civil atinentes ao contrato de empreitada. Havia casos em que o réu, dono da obra, alegava defeito na execução da obra, incompletude da obra contratada, desperdício de material, entre outros casos, quando o juiz fazia inspeção, constatando o fato alegado e considerando-o para a solução do conflito.

Na prática, havia verdadeira discussão de direito do consumidor, ou seja, o empreitante (consumidor) invocava seu direito em face do empreiteiro (fornecedor da prestação do serviço). Talvez não tenha havido uma formalização adequada da matéria, mas isso não desnatura a matéria envolvida na discussão. Mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45, a Justiça do Trabalho poderia aplicar o Direito do Consumidor nesses casos.

Sob a vigência da Emenda Constitucional n. 45, os casos foram ampliados, abrangendo todos os contratos de empreitada – desde que o empreiteiro seja pessoa física, ainda que não operário ou artífice –, bem como os contratos de representação comercial, contrato de mandato, contrato de prestação de serviços, contrato de agenciamento, entre outros.

Resta claro, assim, que os profissionais liberais, cujas relações são formalizadas por contrato de prestação de serviço, ainda que não escrito, têm ação na



Justiça do Trabalho para cobrar seus direitos, como honorários. Como a competência é via de mão dupla, a outra parte também tem ação na mesma justiça para postular os direitos que entender terem sido ameaçados ou violados. Logo, um médico terá ação na Justiça do Trabalho para cobrar seus honorários. Da mesma forma, o paciente terá ação na mesma justiça para postular indenização por vícios do serviço executado. Assim também ocorre com o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o psicólogo, o advogado, etc.

Os profissionais liberais são pessoas físicas que prestam serviços à comunidade, sendo fornecedores para efeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Na solução de tais lides, o juiz do trabalho tanto poderá aplicar normas do Código Civil referentes ao contrato de prestação de serviço, como poderá aplicar normas do Código de Defesa do Consumidor, assim como qualquer outra norma disponível no ordenamento jurídico. De fato, a função do juiz é solucionar o conflito, usando todo o arsenal que o sistema jurídico disponibiliza.

O contrato de empreitada já era apreciado pela Justiça do Trabalho, conforme retro mencionado, por força do art. 652, alínea "a", inciso III, da CLT, no caso de o empreiteiro ser operário ou artífice. Com a Emenda Constitucional n. 45, todos os contratos de empreitada em que o empreiteiro for pessoa física serão considerados relação de trabalho e, por conseguinte, da competência da Justiça do Trabalho.

A realização de obra é atividade preponderantemente eventual, pois ninguém realiza obras de forma continuada. Há uma exceção, a atividade econômica de construção. Assim, se para todas as pessoas o empreiteiro realizará uma atividade eventual, para aquele que explora como atividade econômica a construção haverá prestação de atividade não eventual, caso em que o contrato será o de trabalho. E a legislação trabalhista, atenta às peculiaridades desse tipo de relação, traz disciplinamento específico. No § 1º do art. 443 da CLT resta assentado que uma das



hipóteses de contratação por prazo determinado é a realização de serviços especificados, ou seja, de obra certa.

O contrato de prestação de serviços é regido pelos artigos 593 e seguintes do Código Civil, e constitui-se quando uma pessoa (física ou jurídica) presta determinado serviço a outra pessoa (física ou jurídica), por prazo determinado e mediante certo pagamento. Ao contrário do contrato de empreitada, no qual há casos em que o empreiteiro pode não receber retribuição, como na hipótese do art. 613 do Código Civil, no contrato de prestação de serviços sempre haverá pagamento da contraprestação. Haverá prestação de serviços contemplada pela noção de relação de trabalho quando o prestador da atividade for pessoa física, realizando uma atividade de natureza eventual para o tomador dos serviços, que poderá ser pessoa física ou jurídica. Se, ao contrário, a natureza do serviço for não eventual, haverá grande probabilidade de reconhecimento de contrato de trabalho, desde que presentes os demais requisitos configuradores.

Sob a égide desse contrato, estão abrigadas várias formas de prestação de trabalho humano, seja intelectual, como profissionais liberais, seja físico, como conservação, limpeza ou asseio. Assim, os serviços prestados por médicos, engenheiros, arquitetos, dentistas, entre outros, são contemplados pelo contrato de prestação de serviços. E como a competência da Justiça do Trabalho se estabelece quanto à relação de trabalho, abrange tanto as ações do prestador de serviços em face do tomador, quanto deste em face daquele, independentemente do pedido que seja formulado e da espécie de norma que seja necessária aplicar para a solução da lide. E é exatamente por isso que cabe aplicação de normas do Direito do Consumidor na Justiça do Trabalho, pois o tomador do serviço, quando destinatário final do serviço prestado, pode ser considerado consumidor.

O contrato de representação comercial é um irmão gêmeo do contrato de trabalho, pois pode contemplar todos os requisitos deste, com nuances diferenciadoras



sutis. É que uma empresa pode optar por comercializar seus produtos de várias formas, entre as quais vendedores empregados, representantes comerciais, distribuição, etc. Tal decisão cabe exclusivamente à empresa, conforme sua estratégia de exploração econômica, ou seja, não há qualquer disposição legal impondo um ou outro modelo.

Nessa cadeia de colocação de produtos no mercado, os distribuidores podem contratar representantes comerciais ou vendedores empregados; e os representantes, contratar empregados. Assim, uma empresa produtora pode contratar uma empresa de distribuição, que pode contratar uma empresa de representação comercial, que pode contratar vendedores empregados. Quando o representante comercial for pessoa física ou quando a pessoa jurídica de representação estiver mascarando a prestação pessoal da representação, haverá relação de trabalho. Diferenciar um representante comercial de um vendedor empregado não tem sido tarefa fácil.

Isso porque, tanto o empregado-vendedor quanto o representante comercial desenvolvem basicamente a mesma atividade de intermediação ou agenciamento. Fazem negócios em nome de outrem, a empresa empregadora ou representada. Por tudo isso é que um representante ou agenciador comercial, no plano formal, pode ser verdadeiro empregado, no plano fático, caso em que prevalecerá tal situação, em face do princípio da primazia da realidade. Tudo depende da presença dos elementos configuradores da relação de emprego, já declinados.

O contrato de representação comercial, também chamado de contrato de agência ou agenciamento comercial, conforme leciona Arnoldo Wald, “é aquele pelo qual uma pessoa jurídica ou física, sem relação de dependência, se obriga a realizar negócios por conta de outra, em zona determinada e mediante retribuição”.¹⁰⁷ A

¹⁰⁷ WALD, 1990, p. 368.



atividade de representantes comerciais autônomos é regulada pela Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965¹⁰⁸, que em seu art. 1º assim define o representante:

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Assim como o contrato de trabalho, o de agenciamento comercial pode ser por prazo determinado ou indeterminado (art. 27, alínea “c”, da Lei n. 4.886/65), aplicando-se-lhe regras semelhantes do contrato de trabalho quanto à prorrogação (§ 2º) e interstício mínimo de seis meses para validade do contrato por prazo indeterminado que suceder outro. Também, há previsão de aviso prévio de, no mínimo, 30 dias (art. 34) e motivos ensejadores de rescisão por justa causa do contrato (art. 35 e 36).

A Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957¹⁰⁹, por sua vez, regulamenta as atividades dos empregados-vendedores, viajantes ou praticistas. O empregado-vendedor pode ser viajante ou praticista. Aquele é o vendedor que sai a viajar, sem praça certa, para vender os produtos da empresa, sendo conduzido pelas oportunidades do mercado. Este é o vendedor estabelecido em certa praça, que pode ser a do estabelecimento do empregador ou outra estabelecida, com ou sem exclusividade. O art. 10 da Lei dispõe que, “Caracterizada a relação de emprego, aplicam-se os preceitos desta Lei a quantos exercem funções iguais, semelhantes ou equivalentes aos empregados viajantes, embora sob outras designações”. O preceito legal contempla o

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h42min.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957. Regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3207.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h43min.



princípio da primazia da realidade e da primazia da relação de emprego quando presentes os seus elementos configuradores.

Pela dificuldade prática de se diferenciar o contrato de trabalho do de representação comercial, tem-se utilizado de critérios históricos, formais e de custeio. Cabe investigar, no caso concreto, as vinculações anteriores e posteriores à relação sob exame, a fim de constatar se o autor da pretensão vinculava-se como empregado ou como representante. É que normalmente ocorre de uma pessoa escolher como profissão a de representante comercial, pretendendo que somente num caso deixe de sê-lo. Também, tem-se exigido, com base na Lei n. 4.886/65, que haja contrato escrito de representação comercial, bem como registro do contratado no Conselho Regional dos Representantes Comerciais (CORE). Também, investiga-se do custeio das despesas com a atividade, se do representante, indicando que o profissional suporta com sua própria atividade, sem dependência. Tais elementos não são concludentes isoladamente, mas auxiliam na composição dos elementos fáticos definidores de uma ou de outra relação jurídica.

O contrato de agenciamento é aquele pelo qual uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver a sua disposição a coisa a ser negociada (Código Civil, art. 710). Há uma semelhança desse contrato com o de representação comercial, mas pode-se dizer que este é uma espécie daquele.

O representante comercial é um agenciador, mas tem sua profissão regulamentada por lei especial, com um órgão de classe (CORE), constituído como autarquia federal, criada pelo art. 6º da Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Assim, a representação comercial é uma profissão regulamentada. O representante comercial está para o contrato de agenciamento assim como o advogado está para o contrato de mandato e o corretor de imóveis está para o contrato de corretagem. Por isso, há



contrato de agência quando o agenciador faz mediação de negócios para o agenciado, como ocorre no agenciamento artístico ou esportivo. O agenciamento pode ser prestado por pessoa física ou jurídica, constituindo-se relação de trabalho somente no primeiro caso.

Se o contrato de representação comercial – espécie – é reconhecido como uma relação de trabalho, não há porque deixar de reconhecer a mesma condição ao contrato de agenciamento – gênero. Assim, sendo uma relação de trabalho, as lides entre agenciador e agenciado serão resolvidas pela Justiça do Trabalho.

Conforme dispõe o art. 653 do Código Civil, “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”. O contrato de mandato é *intuito personae*, pois se baseia precipuamente no elemento da fidúcia e considera as qualidades pessoais do mandatário. Assim, a atividade por ele desempenhada é um trabalho humano que pode gerar relação de emprego. O contrato de mandato “presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa”, conforme prescrição do art. 658 do Código Civil.

O contrato de mandato pode ser realizado com base no profissionalismo – assim entendido o modo de agir do profissional que atua na prática de atos ou administração de interesses de outrem como atividade profissional – ou com base em outros pressupostos, como no caso das relações de amizade ou parentesco. A distinção é fundamental, pois será entendido como relação de trabalho o mandato profissional, e não o será o contrato de mandato no segundo caso. Assim, se uma pessoa que vai passar um período fora do país outorga procuração a um amigo ou parente para representar certos interesses durante sua ausência, essa atividade não será considerada como relação de trabalho. Ao contrário, um advogado que pratica atos e



administra interesses de outrem realizará tal atividade como profissional, caso em que haverá uma relação de trabalho. O mesmo ocorre com qualquer pessoa que realize atividade por mandato com uma atitude profissional.

O contrato de corretagem é aquele em que, segundo disposição do art. 722 do Código Civil, “[...] uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”. Pelo contrato de corretagem opera-se uma espécie de prestação de atividade desde que não vinculadas as partes por contrato de mandato, de prestação de serviços ou qualquer outro tipo de dependência, como o contrato de representação comercial ou de agenciamento.

A atividade de corretagem pode ocorrer em várias situações, como corretagem de imóveis, de ações, de seguros, de previdência, entre outras hipóteses. O corretor pode ser pessoa física ou jurídica, como ocorre com as empresas de corretoras de bolsas de valores, que têm como objetivo fornecer serviços de intermediação entre pessoas participantes dos mercados de ações. Também no âmbito da corretagem de imóveis o corretor pode ser pessoa jurídica, como expressamente autoriza o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978¹¹⁰. Da mesma forma, pode haver pessoa jurídica de corretora de seguros, de previdência privada e capitalização.

Na seara da corretagem de seguros, a Fundação Escola Nacional de Seguros (Funenseg) é, por determinação do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), a única instituição no Brasil capaz de promover a Habilitação de Corretores de Seguros. A habilitação pode ser feita de duas formas: curso para habilitação e exame

¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978. Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6530.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h46min.



para habilitação, que permite ao aprovado o registro perante o Superintendência de Seguros Privados (Susep), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, que é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta e capitalização.

Afora esses casos de corretagem disciplinados por lei, pode haver contrato de corretagem com objeto distinto, também regulado pelas disposições do Código Civil, quando o corretor obriga-se a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

O contrato de estágio, disciplinado pela Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977, é aquele que se dá entre os alunos que, comprovadamente, estejam freqüentando cursos de nível superior, profissionalizante de 2º grau ou escolas de educação especial e as pessoas jurídicas de Direito Privado, os órgãos de Administração Pública e as Instituições de Ensino, com o objetivo de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário.

Assim, é importante frisar que o estágio deve propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem e ser planejado, executado, acompanhado e avaliado em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares. A única exceção a tal finalidade está prevista no art. 2º da Lei do Estágio, quando, independentemente do aspecto profissionalizante, direto e específico, o mesmo poderá assumir a forma de atividade de extensão, mediante a participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse social.

Conforme o art. 3º da Lei, “A realização do estágio dar-se-á mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, como interveniência obrigatória da instituição de ensino”. O contrato de estágio, quando



observados todos os seus aspectos formais e materiais, não gera contrato de trabalho, e o estagiário poderá ou não receber bolsa ou qualquer outra forma de contraprestação, mas sempre deverá estar seguro contra acidentes pessoais. Sendo o estágio oneroso ou gratuito, sempre será configurado como uma relação de trabalho, por ter como objeto a realização de atividade humana prestada por pessoa física inerente às finalidades da entidade concedente da bolsa. Por ser a tomadora da atividade, é a entidade concedente que responde pelos danos que causar ao estagiário, e as controvérsias decorrentes dessa relação jurídica deverão ser apresentadas perante a Justiça do Trabalho.

“Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”, conforme prescrição do art. 730 do Código Civil. O transporte pode ser de pessoas ou de coisas, e a obrigação pode ser desempenhada por pessoa física ou jurídica. Neste último caso não há relação de trabalho, restando indagar se no primeiro haveria. Paira dúvida se há relação de trabalho quando o transporte é realizado por pessoa física utilizando-se de seus próprios veículos, como no caso de freteiros ou taxistas. Nesses casos, há atividade humana realizada por pessoa física, mediante um contrato oneroso, podendo ou não haver continuidade, mas o prestador da atividade atua com profissionalismo.

Conforme dispõe o art. 736, “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”. Assim, os conflitos decorrentes do contrato de transporte realizado por uma pessoa física serão solucionados pela Justiça do Trabalho, por serem oriundos de uma relação de trabalho.

O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente (Código Civil, art. 693). Ao contrário dos demais contratos de intermediação já referidos, a exemplo do de representação comercial, de mandato e de agenciamento, nos quais aquele que realiza a atividade age em nome da outra parte, neste contrato, o “comissário fica diretamente



obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes” (Código Civil, art. 694). Assim, o credor de uma venda realizada ao comissário terá ação contra este, e não em face do comitente. Entre o comissário e as pessoas com quem contratar não haverá relação de trabalho, mas sim relação civil, que deverá ser processada e julgada pela Justiça estadual comum. Contudo, entre comissário e comitente há relação de trabalho, a exemplo do que se opera nos contratos de representação comercial, mandato e agenciamento. Em verdade, há certa similitude entre o contrato de comissão e o de mandato – exceto, é claro, no seu aspecto essencial diferenciador de o comissário agir em nome próprio –, tanto que o art. 709 dispõe da aplicação subsidiária, no que couber, das regras sobre mandato.

Prescreve o art. 534 do Código Civil que: “Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada”. Tal modalidade contratual era conhecida como venda em consignação. O consignante é o proprietário de coisa móvel e, não pretendendo vendê-la diretamente, o faz por intermédio de outra pessoa, o consignatário. Essa modalidade de contrato é utilizada na venda de obras de arte, jóias, automóveis, etc. Traz a vantagem para o consignatário de ter bens móveis para vender sem a necessidade de adiantar capital na sua aquisição. Para o consignante há a vantagem de facilitação da venda de seu bem, pela rede de contatos negociais do consignatário.

O consignatário atua como se a coisa fosse sua, vendendo-a, podendo adicionar no preço um percentual referente ao seu ganho, repassando ao consignante o valor estimado. O consignatário pode, ainda, comprar para si a coisa consignada ou devolvê-la após o decurso do prazo ajustado. No caso de o consignatário adquirir para si a coisa consignada, haverá contrato de compra e venda, sem existência de relação de trabalho. Contudo, no caso de o consignatário atuar como um autorizado pelo



consignante, exercerá uma atividade que reverterá em proveito próprio e do consignante. Resta, pois, indagar se há, nesse caso, uma relação de trabalho.

O consignatário é um profissional que atua na comercialização de bens móveis da mesma categoria daquele consignado pelo consignante. Ele normalmente mantém um estabelecimento comercial. Se o consignatário for pessoa jurídica, de plano fica excluída a possibilidade de relação de trabalho. Mas há casos de pequenos profissionais, que mantêm, por exemplo, oficinas eletrônicas ou garagens de automóveis, e que fazem esse tipo de atividade. Alguém que tenha um televisor velho pode deixar com esse profissional o bem para ser vendido em consignação, estimando-se um preço e estipulando-se um prazo. As controvérsias decorrentes dessa relação seriam solucionadas pela Justiça do Trabalho? Não resta dúvidas de que, se entre as mesmas partes tivesse havido o conserto do aparelho, por contrato de prestação de serviços, a competência seria da Justiça do Trabalho. Se o serviço de conserto realizado por contrato de prestação de serviços constitui relação de trabalho, parece razoável admitir que a atividade pessoal desempenhada na comercialização do bem móvel também o seja, pois atividade similar é executada nos contratos de agenciamento, representação comercial, corretagem e comissão.

Por fim, resta um último contrato que encerra atividade humana: o contrato de depósito. O Código Civil prevê dois tipos de depósito: o voluntário e o necessário. O primeiro decorre da vontade das partes e presume-se gratuito, “exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão”, conforme rege o art. 628 do Código. O depósito necessário, ao contrário, independe da vontade das partes, e ocorre nas hipóteses dos incisos I e II do art. 647 do Código Civil, ou seja, “o que se faz em desempenho de obrigação legal” e “o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque”. Considera-se depósito necessário o de bagagens de viajantes e hóspedes.



O depósito voluntário, pelos termos do art. 627 do Código Civil, ocorre quando “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. O depósito voluntário é um contrato *intuitu personae*, pois considera as qualidades pessoais daquele que fará a guarda da coisa depositada. O depósito pode ocorrer de forma gratuita, com base em relações familiares ou de amizade, caso em que não haverá relação de trabalho e as respectivas controvérsias serão dirimidas pela Justiça estadual comum. Se, contudo, o depósito se dá por atividade comercial ou o depositário o praticar por profissão, o depósito será oneroso e constitui-se relação de trabalho. Assim, se pelo serviço do depositário que exerce tal atividade por profissão o depositante não efetuar o pagamento, poderá aquele reter a coisa, nos termos do art. 644 do Código Civil. Essas e outras controvérsias do contrato de depósito voluntário serão resolvidas pela Justiça do Trabalho.

Como já retro referido, até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, não havia relevância em conceituar-se relação de trabalho. Daí as incertezas advindas da fixação dos limites da competência da Justiça do Trabalho pela redação dos incisos I e VI do art. 114 da Constituição Federal. Ao analisar-se a distinção entre relação de emprego e relação de trabalho, não se poderia deixar de enfrentar tão atual desafio.

Vistos os aspectos gerais da relação jurídica e os aspectos específicos da relação de emprego, para a definição de fundamentos de uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI e com vistas à dignidade da pessoa humana, insta enfrentar com maior detalhamento os sujeitos dessa relação – empregado e empregador –, a fim de ter presente como na realidade atual esses atores se apresentam e se manifestam nas relações concretas entre capital e trabalho.



CAPÍTULO II

SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO



2.1 O EMPREGADO

A relação de emprego – como vínculo de natureza consensual pelo qual ocorre o fornecimento da força de trabalho –, que é inserida num determinado processo de produção, por meio da prestação pessoal de serviços não eventuais, de forma onerosa e mediante subordinação, tem como sujeitos o empregado e o empregador.

Orlando Gomes e Elson Gotschalk destacam que “O conceito de empregado é de suma importância no Direito do Trabalho, porque ele é o destinatário das normas protetoras que constituem este Direito”.¹¹¹ De fato, o primeiro passo na análise de um problema trabalhista é aferir se o trabalhador envolvido na prestação de serviço é ou não um empregado. O Direito Positivo somente de forma eventual se dá a fazer conceituações, mas o art. 3º da CLT tem por objetivo definir uma das espécies do gênero trabalhador, o empregado, e o faz da seguinte forma: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

O entendimento da natureza da relação de emprego e da definição de seus sujeitos passa, necessariamente, pela compreensão do modo de produção capitalista. As relações travadas nos regimes feudal e escravocrata não se inserem na análise moderna, em razão de contrariar frontalmente os postulados liberais de respeito à liberdade humana. A relação de emprego visa a permitir que uma pessoa (o empregado), que só dispõe de sua força de trabalho para sobreviver, a forneça a outra (o empregador), que é o proprietário dos meios de produção e que a inserirá no processo de produção como força motriz de todo o sistema. Assim, a questão acerca da configuração da relação de emprego, bem como a compreensão das demais normas do Direito do Trabalho, fica mais bem entendida se analisada a partir do “eixo central”

¹¹¹ GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p. 82.



referente ao modo de inserção da força de trabalho humana no processo de produção capitalista.

Da conceituação da lei extrai-se que o empregado é uma espécie do gênero trabalhador, que presta serviços sob determinadas condições concretas, objetivamente constatáveis, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade do serviço e subordinação jurídica. Veja-se, então, um a um, os elementos configuradores da relação de emprego.

2.1.1 Pessoalidade

A pessoalidade, como elemento configurador da relação de emprego, significa, além de ser o empregado necessariamente uma pessoa natural, capaz de prestar trabalho humano, que ele deve fazê-lo de forma direta, ou seja, prestar o trabalho pessoalmente, sem pessoas interpostas. Sendo a relação de emprego aquela pela qual o capitalista se apropria da força de trabalho humano, que constitui elemento indissociável de sua personalidade, somente o ser humano pode fornecer esse trabalho. É que o trabalho é a relação que o homem trava com a natureza, transformando seus elementos, para atender a suas necessidades básicas.

O trabalho integra a natureza humana, pois, ao produzir algo, relacionando-se com as coisas da natureza, o homem se manifesta, exteriorizando sua essência. Dessa forma, o trabalho é elemento indissociável da pessoa do trabalhador, razão pela qual deverá prestá-lo, como não poderia ser diferente, de forma direta e pessoal. Por isso, não se pode fazer substituir por outros trabalhadores ou delegar suas atribuições, tendo a relação de emprego caráter *intuito personae* quanto ao empregado. A obrigação de prestar serviço é de natureza personalíssima, sendo intransferível a outrem, tanto que a morte do empregado gera inevitavelmente a cessação do contrato individual de trabalho.



Por força de trabalho, ou capacidade de trabalho, na definição de Karl Marx, “[...] entendemos o conjunto das faculdades físicas e espirituais que existem na corporalidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento toda vez que produz valores de uso de qualquer espécie”.¹¹² Assim, sendo o objeto da relação de emprego a força de trabalho, torna-se seu elemento essencial a personalidade.

2.1.2 Onerosidade

Por definição, o empregador é o capitalista proprietário dos meios de produção. O empregado é o trabalhador, uma pessoa que não tem meios de subsistência e dispõe tão-somente de sua força de trabalho para alcançá-los¹¹³. Em outras palavras, o empregado precisa trabalhar para sobreviver. Do ponto de vista econômico, conforme sustenta Karl Marx¹¹⁴, salário “é a soma, em dinheiro, que o capitalista paga por um determinado tempo de trabalho ou pela prestação de determinado trabalho [...]. Parece, pois, que o capitalista *compra* trabalho deles com dinheiro. Estes *vendem-lhe* seu trabalho a troco de dinheiro. Em verdade, o que os operários vendem ao capitalista em troca de dinheiro é a sua *força de trabalho*”, ou seja, assim como o capitalista compra qualquer outra coisa, tal como matéria-prima, também compra força de trabalho. Assim, “A força de trabalho é, pois, uma mercadoria [...]”

¹¹² MARX, Karl. *O Capital*. 3.ed. v. I, Livro I, Tomo I. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 135.

¹¹³ É importante frisar que o capitalismo foi o ponto marcante da passagem da sociedade medieval para a sociedade moderna, operando mudanças nas ordens econômica, cultural, política, religiosa, entre outras expressões da existência humana. Como diz Antonio Carlos Wolkmer, “Trata-se da passagem da economia agrário-senhorial para a implementação da produtividade econômica de mercado livre, pela sistematização do comércio por meio de trocas monetárias e pela força de trabalho assalariado.” (WOLKMER, Antonio Carlos, *O Direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria*, p. 85. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole, Florianópolis: Fund. José Arthur Boiteux, 2005).

¹¹⁴ MARX, 1987, p. 23.



medida com o relógio [...]”. O salário, dessa forma, é o preço da mercadoria *força de trabalho*.

Contudo, o dinheiro pago a título de salário, pelo fornecimento de força de trabalho, representa várias outras mercadorias, que são necessárias ao trabalhador para sua subsistência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.¹¹⁵ “Portanto, *salário* é simplesmente um nome especial dado ao preço da força de trabalho, a que costumamos de chamar *preço do trabalho*; é apenas o nome dado ao preço dessa mercadoria peculiar que só existe na carne e no sangue do homem.”¹¹⁶

Esse preço da força de trabalho – o salário – não corresponde a uma parte do produto que o operário produz, pois os fatores de comercialização são a ele elementos estranhos. A mercadoria produzida pode ser vendida em condições muito vantajosas ou mesmo não vendida, e nada disso influenciará no valor do salário, ou seja, no preço da força de trabalho. “O salário não é portanto uma quota-parte do operário na mercadoria que é produzida por ele. O salário é a parte de mercadoria já existente (o capital de reserva do burguês), com que o capitalista compra para si mesmo uma determinada soma de força de trabalho produtiva.”¹¹⁷ A força de trabalho é, assim, uma mercadoria que o seu proprietário, o operário assalariado, vende ao capital. Por que o operário assalariado a vende? Para viver.

O trabalho é colocado no mercado de trabalho e comercializado como qualquer outra mercadoria. O operário, assim, trabalha para viver. Ele sequer considera o trabalho como parte de sua vida; é antes um sacrifício de sua vida. O que ele produz para si próprio não é o resultado de seu trabalho, mas o salário, que lhe possibilitará

¹¹⁵ BRASIL, Constituição Federal, art. 7º, inc. III.

¹¹⁶ MARX, 1987, p. 24.

¹¹⁷ MARX, 1987, p. 25.



viver, após concluída sua atividade laborativa, pois é no momento em que termina de trabalhar que o operário começa a sua própria vida, em casa, à mesa, na taberna, etc.

Nem sempre o trabalho (força de trabalho em ação) foi uma mercadoria. Na escravidão, o escravo era considerado coisa e como tal era comercializado. Ele próprio era a mercadoria, que abrangia a força de trabalho que, contudo, não era mercadoria isolada. No feudalismo, não era o senhor quem pagava um salário, mas o servo quem pagava, com parte de seu trabalho, um tributo pela utilização das terras do senhor feudal.

O trabalhador livre não pertence a ninguém, nem está vinculado à terra. Assim, é livre para contratar, para vender sua força de trabalho, alienando horas de sua própria existência a quem pagar, passando a “pertencer” à pessoa que compra seu trabalho durante a jornada de trabalho. O trabalhador é livre para manter-se vinculado com esse ou aquele empresário. Contudo, como o operário somente tem como meio de subsistência a venda de sua força de trabalho, de fato ele “não pertence a este ou àquele capitalista, mas à *classe dos capitalistas*, e compete a ele próprio encontrar quem o queira, isto é, encontrar um comprador dentro dessa classe dos capitalistas”.¹¹⁸

Por ser o salário o preço de uma determinada mercadoria – a força de trabalho –, seu valor é estabelecido pelas mesmas regras que regem a fixação do preço de qualquer outra mercadoria, ou seja, a lei de oferta e procura.

O salário, no plano jurídico, apesar de não haver na lei o seu conceito, pode, com base no art. 76 da CLT, que dispõe sobre o salário mínimo, ser conceituado como a contraprestação devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, com o objetivo de satisfazer suas necessidades básicas de subsistência, mas não somente isso: o salário não é somente contraprestação pelo trabalho prestado, pois, se

¹¹⁸ MARX, 1987, p. 27.



assim fosse, quando houvesse suspensão do contrato de trabalho, parcial ou total, não haveria salário; e sabe-se que no caso da suspensão parcial (chamada de interrupção) o empregador fica obrigado a pagar salário. Assim, correto o conceito proposto por Amauri Mascaro Nascimento: “Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e dos descansos computáveis na jornada de trabalho”.¹¹⁹ Arnaldo Süssekind, desvinculando o salário da idéia de contraprestação do serviço efetivamente prestado, leciona que ele é “a retribuição devida pela empresa ao trabalhador, em equivalência subjetiva ao valor da contribuição deste na consecução dos fins objetivados pelo respectivo empreendimento”.¹²⁰

Contudo, como a conceituação jurídica do salário advém do fator econômico, pode-se dizer que ele efetivamente é o preço pago pelo empregador ao empregado pelo fornecimento da força de trabalho, estática ou dinâmica.

Importante, para se poder fazer exata definição do elemento da onerosidade, é estabelecer as formas de pagamento do salário. Não há uma unanimidade quanto às formas, mas o salário pode ser vinculado ao tempo, à produção ou ao lucro, ou seja, o salário pode ser por unidade de tempo ou por unidade de obra, ou, ainda, vinculado parcialmente ao resultado da atividade econômica da empresa.

O salário por *unidade de tempo* é aquele que paga o tempo no qual o empregado fornece sua força de trabalho (estática ou dinâmica), sem qualquer vinculação à produção ou ao resultado da atividade econômica. O valor do salário é fixado, assim, pelo número de horas no dia em que o empregado fica trabalhando ou aguardando ordens do empregador.

¹¹⁹ NASCIMENTO, 1989, p. 435.

¹²⁰ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 323.



O salário por *unidade de obra*, por sua vez, visa a remunerar somente a força de trabalho dinâmica, em movimento, ou seja, o trabalho por meio de constatação material de seu resultado. Assim, o salário será calculado conforme o número de peças produzidas, que será o elemento capaz de mensurar o trabalho efetivamente fornecido.

O *salário por tarefa* constitui a forma mista, intermediária, entre salário por unidade de tempo e por unidade de obra, pois, conforme leciona Arnaldo Süssekind, “corresponde a uma importância fixa, paga em razão de períodos preestabelecidos, desde que o empregado execute, nesses períodos, um mínimo predeterminado de serviço”.¹²¹

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 78,¹²² adota a nomenclatura de *salário por empreitada* para designar o salário vinculado ao fator de obra. Contudo, por sua redação, parece distinguir salário por peça (salário por unidade de obra), salário por tarefa e salário por empreitada. Contudo, esse último é exatamente a significação do salário por obra, ou seja, o salário calculado adotando-se como parâmetro de aferição o resultado do trabalho. Assim, plenamente possível que um pedreiro contratado por uma construtora – que será necessariamente empregado por desempenhar serviço permanente da atividade econômica –, tenha seu salário fixado pelo valor da obra que irá realizar; por exemplo, a colocação de piso, pintura, instalação elétrica ou hidráulica. O que a norma garante é que, para esse empregado contratado com salário por empreitada, será pago, até a conclusão da obra, o salário mínimo por mês.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou assentado no inc. XI do art. 7º o direito dos trabalhadores de “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da

¹²¹ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 376.



empresa, conforme definido em lei”. Tal direito foi instituído pela Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994¹²³, com 77 sucessivas reedições, até a conversão do texto na Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000.¹²⁴ Essa forma de contraprestação, ainda que desvinculada da remuneração para efeito de reflexos trabalhistas e de encargos sociais, tem por finalidade a “integração entre o capital e o trabalho” e o “incentivo à produtividade”, conforme disposição do art. 1º da Lei.

A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, ou por convenção ou acordo coletivo (art. 2º). O pagamento de participação nos lucros ou resultados não pode ser feito com periodicidade inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes por ano. Essa forma de contraprestação, não obstante possa representar um *plus* remuneratório para o trabalhador, pode refletir uma flexibilização conceitual da noção geral de salário, na medida em que passa a agregar a idéia de que o ganho do empregado está vinculado ao resultado econômico da empresa, e não mais tão-somente ao fator objetivo e concreto da prestação do trabalho.

O elemento onerosidade significa que a prestação do trabalho por parte do empregado ocorre com o objetivo de uma contraprestação de conteúdo econômico. A onerosidade é suficiente como intenção, ainda que não se materialize concretamente, ou seja, não será porque uma empresa não efetuou o pagamento de salário que não

¹²² CLT, art. 78: “Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal”.

¹²³ BRASIL. Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/794.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h54min

¹²⁴ BRASIL, Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10101.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h50min.



haverá onerosidade. De fato, o empregador é um empreendedor econômico – capitalista –, pois explora e corre os riscos de uma atividade econômica.

Assim, a força de trabalho fornecida pelo empregado e inserida no processo de produção tem a capacidade de gerar mais-valia, ou seja, atribuir à mercadoria um maior valor de troca, em razão da quantidade de trabalho necessário para produzi-la, e com isso influir diretamente na taxa de lucratividade. Se a força de trabalho influi na taxa de lucro, seja por ser considerada custo da produção, seja por transformar matéria-prima em mercadoria, gerando, ainda que potencialmente, condição para que o empresário tenha ganho econômico, este deve pagar a contraprestação ao empregado.

Em regra, toda prestação pessoal de serviços é onerosa. Mesmo o trabalho autônomo é oneroso. É que a prestação de serviços, em sentido amplo, é atividade econômica pela qual o cidadão consegue se manter. O serviço prestado gratuitamente, por razões diversas, é exceção. Assim, o serviço prestado a instituições religiosas ou centros espíritas, com fundamento em postulados que transcendem à materialidade econômica, não é apto para gerar reconhecimento de relação de emprego; também o serviço prestado por caridade a instituições beneficentes.

A nomenclatura utilizada pelas partes para designar a contraprestação não influencia na qualificação do trabalho oneroso, em razão do princípio da primazia da realidade. Basta que a prestação de serviço pelo trabalhador se dê com vistas ao recebimento de uma contraprestação de natureza econômica. De fato, sequer precisa haver ajuste do quanto a ser pago a título de contraprestação. As normas de proteção já estabelecem um mínimo e, além disso, estabelecem outros parâmetros para garantir o princípio de igualdade salarial para o mesmo trabalho, quais sejam, o art. 461 da CLT, que prevê a hipótese de equiparação salarial, e o art. 460, no mesmo sentido.



A onerosidade é decorrência direta do trabalho alienado, pelo qual o trabalhador, como produtor de mercadorias, não é proprietário dos resultados de seu trabalho, pois esses são apropriados pelo empregador, entre os quais a própria força de trabalho e os meios de produção. Pela relação de emprego, o empregado, por antecipação, se compromete a não reivindicar os frutos de seu trabalho.

A onerosidade se manifesta pelo salário, que visa a remunerar tanto o trabalho abstrato, assim entendida a capacidade laborativa do empregado, quanto o trabalho concreto, considerado como realização prática do trabalho no processo de produção. É que se considera como de serviço efetivo, sujeito à contraprestação, o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (CLT, art. 4º). Também, o salário compensa tanto o trabalho vivo (aquele em efetiva ação no processo de produção) como o trabalho morto (aquele já realizado e incorporado na produção). Como regra, contudo, o salário compensa apenas parte do trabalho prestado (trabalho pago), pois há parte que não é pago (trabalho não pago), que possibilita ao capitalista ampliar as bases de acumulação de capital. Para David Ricardo, principal defensor da teoria da subsistência, a contraprestação deve limitar-se a um mínimo necessário à perpetuação (sobrevivência) do trabalhador. Além disso, por ser pago somente após a prestação do trabalho, dificilmente antes, o salário remunera geralmente o trabalho morto, isto é, aquele já cristalizado na mercadoria. Mas a onerosidade não se limita ao conceito de salário: contraprestação devida e paga pelo empregador ao empregado, com o objetivo de satisfazer as necessidades básicas deste (CLT, art. 76 e 457). Ela contempla toda forma de remuneração, inclusive as pagas por terceiros, como no caso das gorjetas, mas, neste caso, sempre garantido o salário mínimo (CF, art. 7º, inc. VII).¹²⁵

O trabalho pessoal prestado em atividade econômica, porque gerador de lucro, sempre será oneroso, ou seja, há presunção absoluta de que o empregado tinha

¹²⁵ Constituição Federal, art. 7º, inc. VII: “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”.



por objetivo, a prestar o trabalho, o atendimento de suas necessidades de sobrevivência.

2.1.3 Não-eventualidade

Não-eventualidade é uma qualidade do serviço prestado pelo empregado. Como leciona Délio Maranhão, “a utilização da força de trabalho, como fator de produção, deve corresponder às necessidades *normais* da atividade econômica em que é empregada”.¹²⁶ Assim, o requisito não tem a ver diretamente com o fator tempo, que, em alguns casos, somente auxilia como elemento de presunção da natureza do serviço. De fato, quanto maior o tempo trabalhado, maior será a presunção de ser um serviço inserido nas necessidades permanentes da atividade econômica. O trabalho prestado por um ou dois dias não pode, somente por essa razão, ser desqualificado como decorrente de relação de emprego. O que importa saber é se o serviço integra as atividades contínuas, permanentes, necessárias do processo de produção, seja de forma direta (atividade-fim), seja de forma indireta (atividade-meio). “O critério mais aceito é o indicado pela Suprema Corte mexicana e seguido por Mario de La Cueva, baseado na *necessidade permanente da empresa* de determinado serviço ou mão-de-obra”.¹²⁷

A empresa, para desenvolver uma atividade econômica, precisa organizar o processo de produção segundo as regras da divisão social do trabalho. Para tanto, haverá serviços que serão necessários para a sua exploração. A necessidade que conduz ao conceito de não-eventualidade do serviço é aquela permanente, definitiva. Por exemplo, numa loja, será serviço não eventual aquele prestado pela balconista, pelo caixa ou pela faxineira. Será eventual o trabalho do eletricista contratado para fazer reparos na fiação elétrica. Num restaurante, será não eventual o serviço da cozinheira e o do garçom, e eventual o serviço do pedreiro contratado para fazer uma ampliação do

¹²⁶ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 291.

¹²⁷ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 220.



estabelecimento. Numa escola, será não eventual o serviço do professor ou do orientador pedagógico.

2.1.3.1 Atividade-fim e atividade-meio

Todo empreendimento econômico tem como objetivo imediato o lucro. Para tanto, desenvolve certa atividade no universo econômico, que constitui seu objetivo social mediato. Para alcançar tais objetivos, a empresa desenvolve atividades-fim, ou seja, aquelas vinculadas diretamente à exploração econômica principal. A atividade-fim de uma indústria automobilística é a produção de automóveis, caso em que todos os serviços diretamente vinculados com a linha de produção se inserem como atividade-fim. As atividades-meio caracterizam-se por sua natureza de apoio. São aquelas atividades que não constituem o cerne do eixo produtivo da exploração econômica, mas são necessárias na medida em que lhe dão suporte. São as atividades de asseio e conservação, de assistência ao empregado, de vigilância, etc.

Tanto as atividades-fim quanto as atividades-meio, por serem contínuas, permanentes e necessárias à produção, configuram-se em serviços não eventuais. Assim, não é o fato de o trabalhador prestar serviços nessa ou naquela atividade que o fará ser qualificado ou não como empregado. A importância da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, atualmente, decorre da ampliação das hipóteses legais de terceirização, previstas na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho,¹²⁸ que no

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331: Contrato de prestação de serviços - Legalidade - Revisão do Enunciado n. 256. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6019, de 03.01.74). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade - meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação



item III prescreve não formar relação de emprego com o tomador de serviços se este for prestado em sua atividade-meio, e desde que não exista pessoalidade e subordinação direta.

2.1.3.2 Trabalho por temporada

O trabalho por temporada é aquele que encerra a prestação de serviços necessários (não eventuais) ao empregador, só que por determinado tempo, vinculado às estações do ano. Assim, o trabalho prestado em hotéis ou instâncias termas durante alguns meses do ano é por temporada. Assim, tal serviço é capaz de conduzir ao reconhecimento de relação de emprego, desde que presentes os demais elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade e subordinação jurídica, não obstante ser condição de validade do contrato individual de trabalho por prazo determinado.

Assim como o trabalho por temporada, o sazonal é de natureza não eventual, prestado durante alguns períodos do ano, só que vinculado a um determinado ciclo do processo produtivo. É o caso do serviço prestado na colheita de certa cultura agrícola. Tal atividade é inquestionavelmente necessária e integrante do processo de acumulação, ainda que não ininterrupta.

2.1.3.3 Trabalho eventual ou adventício

Por exclusão, eventual é o serviço que não se insere nas atividades normais da empresa. É o serviço acidental, que não é capaz de gerar, por si só, mais-valia, ou influir diretamente na taxa de lucratividade. Assim, se uma empresa necessita fazer reformas ou reparos elétricos, contratará trabalhador eventual, pois realizado o serviço o empregador, em tese, nunca mais dele precisará.



2.1.4 Subordinação jurídica

A relação de emprego tem por objeto a força de trabalho. A força de trabalho somente se exterioriza, somente se concretiza, somente se materializa por vontade do ser humano. O empregado, para cumprir sua obrigação assumida pela relação de emprego, não pode entregar ao empregador o trabalho do dia, da semana ou do mês numa caixa, como se fosse uma mercadoria corpórea. Ele precisa estar à disposição do empregador e, mais do que isso, precisa alienar sua vontade, pois somente controlando a vontade do empregado o empregador poderá dispor da força de trabalho. Dizendo de outra forma, ao empregador interessa a força de trabalho do empregado, só que esta não se desvincula da própria pessoa do empregado. Também, somente se exterioriza por vontade deste. A pessoa do empregado fica entre o empregador e a força de trabalho. Por isso, sujeita-se às ordens deste, numa relação eminentemente hierárquica¹²⁹. O ser humano, na sociedade capitalista, vale quanto vale sua força de trabalho. Karl Marx esclarece que o “próprio homem, considerado como mera existência de força de trabalho, é um objeto natural, uma coisa, embora uma coisa viva, consciente, e o próprio trabalho é manifestação material dessa força”.¹³⁰ De fato, do fetiche da mercadoria e da lógica de acumulação de capital que informa a sociedade capitalista, opera-se o processo de coisificação (ou reificação).

Normalmente, o fenômeno jurídico procura investigar a subordinação jurídica e assim compreendê-la a partir de suas manifestações, ou seja, como a subordinação do empregado é evidenciada na prática das relações. Mas a subordinação é algo que integra a essência da relação. Ela decorre do fato de o empregado não ter meios de manter, por si só, sua subsistência. Ela decorre da divisão social do trabalho entre capital e trabalho. Quem detém os meios de produção (a propriedade privada dos meios de produção) tem o poder de estabelecer a conduta

às 16h55min.

¹²⁹ Sobre a subjetividade do trabalhador e o dever de sujeição, ver FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.



daqueles que não os têm e que dependem da alienação do próprio trabalho para sobreviver. Nesse contexto, resta evidente que as partes da relação jamais estarão no mesmo nível de igualdade, o que insere a relação de emprego como relação jurídica de subordinação, e não de coordenação, como ocorre normalmente com as relações privadas. Quer-se dizer com isso que, no sistema capitalista, o empregador sempre terá prevalência sobre o empregado, sempre exercerá um poder cuja origem se encontra na própria estrutura da sociedade.

Como assinala Tarso Genro,

O poder jurídico do empregador sobre o empregado não vem da lei. A lei reconhece-o, regula-o, organiza-o com certas medidas e certas restrições. No Direito inglês, por exemplo, 'Que se abstém de intervir no mundo do trabalho porque as partes, em interação, são capazes por si só mesmas de buscar seu equilíbrio e ditar suas próprias normas', o caráter subordinante e dependente da relação de emprego também existe e subsiste plenamente.¹³¹

Algumas teorias pretendem explicar as origens da sujeição do empregado em relação ao empregador, entre as quais cabe destacar as seguintes: dependência técnica, dependência econômica, dependência social e subordinação jurídica.

A teoria da dependência técnica nasceu na França, no início do século XX, e parte do conceito de profissionalismo do empregador, que seria aquela pessoa cuja atividade econômica precise a utilização de serviços alheios e que, por dominar o processo de produção, tem condições de dar ordens revestidas de tecnicidade. Assim, o poder do empregador se justificaria no conhecimento, no *know-how* da produção.

Tal teoria, apesar de dar certos contornos à subordinação, pois, de fato, com a superação do trabalho servil o trabalhador perdeu o controle do processo produtivo como um todo, não a explica satisfatoriamente, uma vez que nem sempre isso

¹³⁰ MARX, 1988, p. 159.

¹³¹ GENRO, 1994, p. 119.



ocorre. Às vezes, o empregado detém a tecnicidade da produção e nem por isso passa a deter o poder hierárquico.

Galbraith chega a propor que o “Novo Estado Industrial” seria informado, entre outros fatores, pela dissolução entre propriedade capitalista e gestão, de tal forma que o poder decisório passaria para as mãos desse último, de tal forma que os administradores passariam a conduzir a vida das empresas, e não mais os capitalistas, detentores da propriedade privada dos meios de produção. Havia uma síntese entre liberalismo econômico capitalista e economia planificada socialista. Tal concepção, contudo, parece não estar ocorrendo, pois o poder decisório é, antes de tudo, um poder cuja prerrogativa de exercê-lo é do capitalista, ainda que, de forma conjuntural e ocasional, o transfira ao administrador.

A teoria da dependência econômica, também do início do século XX, visa a conceituar a dependência entre as partes como de natureza econômica, pois o empregado tem como único meio de subsistência a alienação de sua força de trabalho, e o empregador, como aquele que a adquire, tem de absorvê-la integralmente, utilizando o empregado durante toda a jornada, garantindo-lhe o emprego, de tal forma que o empregado não necessite buscar outras fontes de renda.¹³²

Apesar de o critério ter sido abandonado, por tratar mais de aspectos econômicos e sociais do que jurídicos, não se pode deixar de reconhecer que aquele que é economicamente dependente é juridicamente subordinado.

A teoria da dependência social é de origem francesa e parte da concepção segundo a qual “uma pessoa é *socialmente dependente* sempre que necessitar para sua subsistência do trabalho que lhe proporciona o empregador, dos instrumentos que lhe fornece”.¹³³ A sociedade industrial é dividida em classes, sendo

¹³² MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 222.

¹³³ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 223.



equivocado falar no fim da luta de classes. Para tanto, ter-se-ia de admitir como válida uma das proposições seguintes: a) uma das classes venceu a luta; b) a sociedade não é mais constituída de classes, estando todos no mesmo nível social; e c) apesar de haver classes na sociedade, os seus interesses tornaram-se convergentes. Contudo, todas são inverídicas e insustentáveis. Em todos os momentos históricos e em todos os locais do planeta, as coletividades sempre estiveram divididas em classes, uma que domina, e outra que é dominada.

A história da humanidade é uma seqüência de fatos que revelam essa assertiva. Disso resultaria a dependência social. O empregado integra a classe dominada e, por isso, é dependente da classe dominante, qual seja, a dos capitalistas. De fato, há uma dependência macroestrutural da classe dos trabalhadores em relação à classe dos capitalistas, e a relação de emprego somente reproduz, nas relações de produção – microestrutura –, aquela dependência. Tarso Genro propõe um conceito de contrato de trabalho nos seguintes termos: “o contrato de trabalho é a convenção, pela qual uma parte ou mais pessoas são obrigadas, *mediante a venda de força de trabalho* de forma subordinada, a prestar serviços não eventuais, reproduzindo, na relação individual, a *dominação global do capital sobre o trabalho*”.¹³⁴ Ora, mais uma vez é preciso dizer que nosso sistema econômico constitucional é o capitalista, pelo qual a organização econômica é informada pela prevalência do capital. A lógica é de acumulação de capital, sendo o trabalho mero fator de produção, isto é, instrumento a ser utilizado para se alcançar aquele fim.

Por fim, a teoria da subordinação jurídica é a mais segura nota de configuração da relação de emprego, mas não infalível. Sua exata definição tem gerado muitas discussões, mas pode-se equiparar o grau de sujeição do empregado em relação ao empregador, como o do cidadão diante do Estado.



Em rigor, a teoria que explica a subordinação do empregado pela dimensão jurídica é uma síntese das demais. Todas são corretas se vistas por certo enfoque. Todas são conteúdo da sujeição do trabalhador, mas o fenômeno jurídico precisava dar uma conotação científica à subordinação, utilizando-se, para tanto, de um recurso já conhecido, o da ficção jurídica. Assim, por ficção, o empregado somente é subordinado ao empregador porque juridicamente a isso se obrigou. Nada mais falho, pois a subordinação independe do aspecto jurídico-formal, sendo elemento essencial da própria relação de emprego que o contrato individual de trabalho se limita a formalizar.

O ordenamento jurídico, como dimensão formal, decorrente da racionalidade do homem, apreende as relações travadas na materialidade fática de várias formas, mas sempre de modo a respeitar seus contornos essenciais. Nessa relação plasmática entre o formal (dimensão jurídica) e o material (dimensão real), esse último dá os limites daquele. É oportuna a advertência de Dinaura Godinho Pimentel Gomes no sentido de que:

No atual contexto, em primeiro lugar, diante dos avanços da ciência e da tecnologia no mundo do trabalho, impõe-se reavaliar o critério da subordinação jurídica, para se ampliar o alcance da tutela do Direito do Trabalho, de modo a abranger outros tipos e formas contratuais que, até agora, no Brasil, estão alijadas da proteção legal. Vale dizer, o conceito clássico de subordinação, para as relações de emprego, vem sendo diluído em razão das novas estruturas de produção, do novo perfil de empresa, que a cada dia vem se submetendo às inovações tecnológicas, para diversificar os modos de prestação de serviços.¹³⁵

Como ressaltado anteriormente, a subordinação que informa a relação de emprego é um elemento real e concreto, que vive em estado latente. Como destacam Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, “Basta a possibilidade

¹³⁴ GENRO, 1994, p. 96-97.

¹³⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica. Problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p. 137-138.



jurídica de o empregador poder dar ordens gerais e especiais, de comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do seu empregado”.¹³⁶ Sua manifestação se dá pelo exercício de alguns poderes decorrentes, quais sejam: poder diretivo; poder regulamentar; poder fiscalizatório; e poder punitivo.

2.1.4.1 Poder hierárquico do empregador

O poder hierárquico do empregador é elemento inerente à própria relação de emprego. O empregador adquire a força de trabalho do empregado que dele não pode ser separada. Assim, juntamente com a mercadoria-trabalho, o empregador adquire o poder de comandar e fiscalizar a força de trabalho, mesmo porque é ele quem domina o processo de produção e é proprietário dos meios de produção.

Em verdade, é preciso investigar o fenômeno do ponto de vista histórico. No regime escravocrata, a força de trabalho era retirada pelo dono do escravo pela sujeição física, pela força, pela coerção. No sistema feudal, o servo não era homem livre, vinculando-se à terra, como qualquer outra coisa ou semovente. O poder do Senhor decorria do fato de ser o possuidor dos meios de subsistência, principalmente a terra. Por precisar manter-se e a sua família, o servo sujeitava-se ao poder do Senhor.

No sistema capitalista, com base nos fundamentos ideológicos da Revolução Francesa, de 1789, o camponês passou a gozar de *status* de homem livre, não podendo ser fisicamente sujeito, mas podendo firmar contrato para alienar sua força de trabalho. Contudo, apesar da alteração do sistema de exploração do trabalho, a essência do poder em razão da propriedade dos meios de produção continuou a informar a relação material.

Com razão Octavio Bueno Magano ao sustentar que “o poder em causa é inerente à condição de empresário e, portanto, antecede os contratos de trabalho que

¹³⁶ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 225.



este venha a celebrar, para o exercício de sua atividade”.¹³⁷ De fato, tal poder não decorre do contrato de trabalho, pois este é mero aspecto formal, ou seja, é a forma pela qual o ordenamento jurídico apreende a realidade factual do trabalho, de modo que não pode alterar a essência dessa realidade, muito embora possa, ao absorvê-la, dar pequenos redirecionamentos. É ainda Octavio Bueno Magano quem destaca que há uma “realidade subjacente inalterável pela vontade das partes e decorrente do regime através do qual se exerce a atividade econômica, nos países do mundo ocidental”.¹³⁸

Apesar de se reconhecer a distinção entre propriedade e controle, a fim de saber se o poder hierárquico decorre deste ou daquele, e as formas pelas quais a empresa moderna tem se apresentado – com forte tendência de concentração de capital e despersonalização da figura do empresário tradicional –, de fato, o poder decorre do controle, mas este é diretamente derivado da propriedade dos meios de produção. Muito embora o controle seja dissimulado e distribuído, é exercido por autorização e por delegação do empregador.

Outro ponto de fundamental importância para a compreensão do tema referente ao poder hierárquico do empregador diz respeito ao despotismo que informa as relações de emprego, assim entendidas aquelas pelas quais o trabalhador aliena sua força de trabalho ao capitalista, abrindo mão, por antecipação, dos resultados de seu trabalho.

Marx e Engels destacaram que

Massas de operários, aglomerados nas fábricas, são organizadas como soldados. Como simples soldados da indústria, os operários estão subordinados a uma perfeita hierarquia de oficiais e suboficiais. Não são somente escravos da classe burguesa e do Estado burguês; mas, também, diariamente e a cada hora, escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do próprio burguês individual dono da fábrica. E esse despotismo é tanto mais

¹³⁷ MAGANO, 1988, p. 165.

¹³⁸ MAGANO, 1988, p. 166.



mesquinho, mais odioso e mais exasperador quanto maior é a franqueza com que proclame ter no lucro seu objetivo exclusivo.¹³⁹

De fato, a relação de emprego traz em si, inegavelmente, o despotismo do capitalista. E isso se justifica na medida em que seu objetivo não é outro que o lucro e que este será tanto maior quanto maior a produtividade do operário. O lucro decorre da maior força empregada pelo trabalhador na transformação de matéria-prima em mercadoria. Assim, a força de trabalho é vista como fator de produção.

O trabalho, que exterioriza a personalidade do ser humano, é afogado nas “águas geladas do cálculo egoísta”¹⁴⁰ e vira coisa (coisificação). E esse processo tradicional de inserção da força de trabalho no modo de produção capitalista tem sido um fator de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como observa Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida, sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebeixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”.¹⁴¹ Outro fator interessante a observar, que explica historicamente a estrutura hierarquizada e, muitas vezes, despótica das empresas, é que as primeiras organizações produtivas adotaram o modelo militar, na inexistência de outro.

A empresa é considerada uma instituição organizada em níveis de controle de decisões, cabendo ao seu proprietário a prerrogativa de tomar as decisões acerca dos rumos do empreendimento. Os empregados, por sua vez, são meros “soldados” que devem cumprir ordens. Do poder hierárquico decorrem outros, como o poder diretivo, o poder regulamentar e o poder disciplinar.

¹³⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista - 150 anos depois*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998, p. 91.

¹⁴⁰ Expressão utilizada por MARX; ENGELS, 1998, p. 86.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 57-58.



Por ocupar posição de hierarquia superior, em razão de ser o proprietário dos meios de produção, o empresário tem a prerrogativa de dirigir a prestação do trabalho, de força a inseri-la em sua exata posição no processo de exploração de atividade econômica. Decorre da divisão social do trabalho que consiste da distribuição de funções entre os integrantes da coletividade, conforme a posição social que ocupam na estrutura, que é diretamente vinculada às relações de propriedade. O empregado, que só é dono de sua força de trabalho, ocupa, na estrutura social que se reproduz na empresa, posição subalterna.

Assim como na sociedade, em que as posições na estrutura social são ocupadas conforme a relação de propriedade, de forma que o capitalista ocupa os mais altos cargos, inclusive o de membro do Poder Legislativo, na empresa ele tem a prerrogativa de editar normas gerais e abstratas de regulamentação das atividades nela desenvolvidas. Na verdade, a legislação trabalhista não deixa de ser a mais expressiva manifestação do poder regulamentar dos empresários, alcançada por intermédio do Estado. Mas, ainda assim, porque a lei é geral demais, o empresário pode regulamentar questões peculiares de seu estabelecimento, por meio de regulamentos de empresa, instituídos unilateralmente ou mediante negociação coletiva.

Tais normas, apesar de, durante o período de rigidez do Estado intervencionista, poderem ser resultado da vontade coletiva das partes, ou seja, fruto de negociação com o sindicato dos trabalhadores, nos séculos XVIII e XIX, e nesse final de século XX, apresentam-se de conteúdo eminentemente unilateral e restritivo, prevendo muito mais obrigações ao empregados sem a devida equidade de direitos.

O direito estatal, por conta da flexibilidade da produção que impõe a flexibilidade do trabalho, tem passado por um evidente processo de desregulamentação. É certo que a desregulamentação não vai conduzir a um vácuo normativo. Dela surgirá uma re-regulamentação, de caráter não estatal. As grandes corporações passaram a



assumir o papel de fontes normativas, o que ocorreu não só no âmbito das relações trabalhistas.

Como decorrência lógica e natural do poder hierárquico e de suas manifestações – poder diretivo e poder regulamentar – e até mesmo para complementá-lo e dar-lhe eficácia, há o poder disciplinar, que consiste na prerrogativa do empregador de aplicar penalidades ao empregado. No início das relações de trabalho industriais, o empresário podia, inclusive, aplicar penalidades pecuniárias, impondo multas ao empregado, pelo desconto de parte do salário. Atualmente essa possibilidade não existe, pelo menos no Direito brasileiro, que prevê, contudo, penas de advertência verbal e por escrito, suspensão de até 30 dias e despedida com justa causa.

Como sustenta Aldacy Coutinho,

o poder punitivo reconhecido ao empregador revela-se, em um sentido amplo, no poder de regulamentar, pela criação de um conjunto de regras obrigatórias no seio da empresa determinantes de deveres, tipificando e estabelecendo as sanções e, num aspecto restrito, no próprio poder punitivo, como poder de imposição das penalidades disciplinares, ante eventuais faltas intencionais cometidas pelos empregados, no próprio interesse, para corrigi-las e assegurar a conformidade das condutas com as necessidades do serviço.¹⁴²

Como observa ainda Aldacy Coutinho, a punição é o instrumento de tornar real e concreto o controle exercido pelo empregador decorrente de seu poder hierárquico, com a sujeição e a obediência dos destinatários desse poder, “em nome de um interesse posto como da coletividade, e não individual do empregador”.¹⁴³

É preciso que se diga que o poder punitivo do empregador é algo estranho, se analisado sob a ótica jurídica tradicional. Em nenhuma relação jurídica

¹⁴² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p. 87.

¹⁴³ COUTINHO, 1999, p. 87.



privada, uma das partes tem a prerrogativa de aplicar sanções à outra. O que pode haver é a instituição de penas para a parte que descumprir sua obrigação contratual (cláusula penal), mas sempre previstas no contrato, ou seja, a sujeição das partes às penalidades decorre da sujeição delas às cláusulas do contrato. Na relação de emprego isso é diferente. O poder punitivo independe de previsão contratual. Independe mesmo de previsão legal. É uma decorrência do poder hierárquico do empregador, que, por sua vez, decorre da subordinação do empregado.

Assim, o empregador pode aplicar sanções ao empregado que descumprir suas obrigações. Mas quem julga se houve ou não descumprimento é o próprio empregador. Outra peculiaridade: nas demais relações, se uma das partes descumpre sua obrigação, a outra não pode, por seus próprios meios, impor a sanção. Se o violador da obrigação não se sujeitar espontaneamente à pena, a parte deverá procurar o Poder Judiciário, que exerce o monopólio da jurisdição, para que este solucione a lide, dizendo o direito. Logo, quem aplicará, com eficácia coercitiva a sanção, será o Estado, e não uma das partes.

Na relação de emprego, o empregador detém a prerrogativa de julgar o fato, enquadrando-o como ilícito contratual, e, num segundo momento, aplicar a sanção que entender cabível. Somente se o empregado, normalmente após a extinção da relação, questionar o descumprimento de obrigação ou entender injusta a sanção aplicada, por ser desproporcional, por exemplo, o caso poderá ser levado para a apreciação do Poder Judiciário. Este, assim, servirá como uma “instância revisional” do “julgamento” originário feito pelo empregador. Como destaca Aldacy Coutinho, “está impedido o Judiciário de qualquer apreciação para determinação dos efeitos da sanção aplicada quanto às condições de aplicação, ressalvada a configuração do perdão tácito; ou resta comprovado o ato faltoso e este é mantido, ou não revelada a sua existência fática, é o empregado absolvido da pena imposta”.¹⁴⁴ Ora, nada mais contrário ao

¹⁴⁴ COUTINHO, 1999, p. 171.



Estado democrático de Direito do que isso. No Estado de Direito a jurisdição é monopólio do juiz, não podendo as partes exercer arbitrariamente suas próprias razões. Isso vale para todos, menos para o empregador. Tal prerrogativa, associando-se o fato de nossa legislação pátria não fazer um detalhamento dos ilícitos e as respectivas faltas, como ocorre, por exemplo, no Direito Administrativo ou, com maior evidência, no Direito Penal, contribui sobremaneira para o acirramento da conflituosidade e para o exercício abusivo do poder de direção, de fiscalização, de regulamentação e, principalmente, disciplinar do empregador.

Por certo que não se defende a possibilidade de o juiz substituir o empregador no exercício do seu poder punitivo, assim como não pode fazê-lo diante do exercício do poder punitivo da Administração pública. Contudo, implementar instrumentos internos de controle e democratização desse poder no âmbito da empresa somente faria melhorar as relações entre capital e trabalho e prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal experiência já é utilizada por algumas empresas estatais (também por estarem sujeitas aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração pública) e por empresas privadas que adotam políticas de gestão de recursos humanos menos despóticas.

2.1.5 Alteridade

Alteridade deriva de alter- (do latim *alter*, que significa “outro”). Assim, o elemento corresponde ao trabalho prestado para outro – o capitalista –, que se apropria dos frutos do trabalho do empregado. Manuel Alonso Olea lidera uma corrente doutrinária que vê na alteridade o elemento essencial para a configuração da relação de trabalho. Alteridade, conforme lição de Magano, significa a “prestação de serviços por conta alheia”. Pela alteridade, o empregado, apesar de comprometer-se a prestar o trabalho, abre mão dos frutos desse trabalho, que serão do empregador, que, por isso, assumirá os riscos da atividade econômica, não podendo repassá-los ao empregado. É



o que se chama de *trabalho alienado*, pelo qual o empregado, em face da divisão do trabalho, como divisão de tarefas conforme a posição ocupada na estrutura do processo de produção, não se identifica com o produto de seu trabalho, nele vendo algo estranho à sua personalidade. Assim, o capitalista, como proprietário dos fatores de produção, se assenhora dos frutos do trabalho coletivo, viabilizando a acumulação de capital e sua decorrente reprodução. Por alienar sua força de trabalho, o empregado presta serviços por conta do capitalista, daí decorrente o elemento da alteridade.

2.1.6 Exclusividade

A exclusividade não é requisito configurador da relação de emprego, pois a lei brasileira não exige que o empregado preste serviços a somente um empregador. Pelo contrário, até o permite, salvo manifestação contratual em contrário. O art. 138 da CLT dispõe que o empregado em férias não poderá prestar serviços para outro empregador, “salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele”. Assim, resta claro que o empregado pode manter mais de um contrato individual de trabalho com empregadores distintos. Contudo, como advertem Orlando Gomes e Elson Gotschalk, “A *exclusividade* da prestação de trabalho não é propriamente condição de existência do contrato de trabalho, mas, sim, decorrência normal do estado de subordinação que esse contrato cria para o empregado”.¹⁴⁵ A afirmação deve ser entendida: o empregado que se obriga a trabalhar em jornada plena, ou seja, oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, efetivamente não poderá ter condições de manter mais de um emprego, até mesmo em razão de sua capacidade física. Contudo, há atividades que permitem o acúmulo de empregos, como o caso de profissionais da saúde. De fato, é a resistência física do empregado que vai impor tal limitação, e não proibição de ordem legal.

¹⁴⁵ GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p. 87.



2.1.7 *Jus resistantiae*

Pela relação de trabalho, o empregado obriga-se a prestar o trabalho alienado, que será aproveitado pelo capitalista na consecução de seus objetivos empresariais, pela inserção da força de trabalho no processo de produção. Como já destacado, por ser a capacidade laborativa elemento da personalidade e da individualidade da pessoa humana, o trabalhador subordina-se pessoalmente ao empregador, que terá o poder diretivo e o poder disciplinar. Contudo, por tratar-se de trabalho humano, e não de máquina ou de animal irracional, tais poderes devem se situar nos estritos limites da produção capitalista explorada pelo empregador, que permeia a relação de emprego e o contrato de trabalho. Assim, sempre que o empregador tentar extrapolar tais limites, violando a razoabilidade de tais poderes, o empregado tem o direito de resistência, ou seja, de não cumprir ordens ilegais, contra o contrato e os bons costumes.

De fato, conforme a gravidade do abuso cometido pelo empregador, o empregado pode denunciar o contrato de trabalho por justa causa, nos termos do art. 483, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho. A força de trabalho não é algo dissociável da pessoa do trabalhador, caso em que sua exteriorização depende da vontade individual do empregado. Assim, se ele sentir, conforme seu discernimento, que a ordem é contrária ao objeto do contrato, violadora de lei, ofensiva aos bons costumes, vexatória ou perigosa à vida, tem o direito de repudiá-la.

Evidentemente que, em razão do despotismo que informa a exploração da força de trabalho, agravado pelo desemprego, pela diminuição da ação fiscalizadora e repressiva do Estado, pela miséria e outros “fantasmas” que assombram o trabalhador, na maioria dos casos o *jus resistantiae* não deixa de ser um aforismo contido na literatura jurídica. Por isso, o empregado chega a perder sua faculdade de analisar as coisas de forma clara e sensata, passando a acreditar no ideário patronal de



que o capitalista tudo pode. Com isso, perde a possibilidade de autodeterminação de seus atos, pois a coação econômica é silenciosa.

2.2 EMPREGADOR

O empregador é o outro (*alter*) da relação de emprego, aquele a quem o trabalho prestado pelo empregado aproveita diretamente. É o tomador do trabalho, é quem compra, pelo pagamento do salário, a força de trabalho do trabalhador.

A conceituação do empregador, como destaca Mascaro Nascimento,¹⁴⁶ é reflexa, pois será empregador “todo ente para quem um pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados. É por meio da figura do empregado que se chegará à do empregador, independentemente da estrutura jurídica que tiver”. Conforme conceituação legal (art. 2º da CLT), “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

De fato, a conceituação de empregador é secundária, pois decorre do próprio conceito de empregado. Se a configuração depende do elemento da onerosidade, é evidente que isso pressupõe uma segunda pessoa, aquela que paga a contraprestação. Se o serviço deve ser não eventual, tal natureza é avaliada a partir da atividade de exploração econômica de alguém, que não o próprio empregado, mas sim do empresário, do capitalista que detém a propriedade dos meios de produção e necessita da força de trabalho para colocá-lo em movimento. Por fim, o elemento da subordinação é concludente na constatação de que o conceito de empregado traz, em si, a noção de empregador. Se o empregado é subordinado, o é em relação a outra

¹⁴⁶ NASCIMENTO, 1989, p. 333.



pessoa, o empregador. É por isso que a conceituação do empregador é reflexa e secundária. Sua importância básica está na questão da responsabilidade.

2.2.1 Empresa

Empresa é qualquer tipo de organização estabelecida para a produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro. Conforme a natureza da atividade econômica empreendida, pode-se distinguir em quatro espécies: *agrícola, industrial, comercial e financeira*. Independentemente da natureza do produto, a empresa formaliza-se por quaisquer das hipóteses previstas na legislação civil ou comercial.

Como adverte Arnoldo Wald,

Ao lado das pessoas físicas, que são os sujeitos por excelência nas relações jurídicas, existem certos grupos sociais, corporações e até massas de bens constituídos para alcançar determinada finalidade, que têm direitos próprios, constituindo unidades abstratas, que denominamos pessoas jurídicas, nas quais se enfeixam determinados direitos subjetivos e certas obrigações.¹⁴⁷

E prossegue:

A *Lei Le Chapelier*, na França, visou a limitar a capacidade das pessoas jurídicas, mas o liberalismo do século passado fez florescer este instrumento necessário ao desenvolvimento do mundo capitalista, tendo-se afirmado que os alicerces econômicos da nossa vida atual não podem ser entendidos sem que se saliente o papel decisivo desempenhado pelas sociedades anônimas, que permitiram o desenvolvimento do capitalismo industrial.¹⁴⁸

¹⁴⁷ WALD, 1990, p. 128.

¹⁴⁸ WALD, 1990, p. 130.



Com o advento do atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), houve a superação da concepção clássica adotada pelo direito pátrio até então de separar sociedades civis e comerciais. O novo Código adotou a teoria da empresa, pela qual o foco de relevância diz respeito à empresa como organização capaz de fazer a geração e a circulação de riquezas. A vetusta figura do comerciante abre espaço para a de empresário como o responsável pela organização da atividade econômica. Nos termos do art. 966 do Código Civil, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, não sendo contemplado por esse conceito aquele que “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (Parágrafo único do art. 966 do Código Civil). Conforme esclarece Mário Cozza,

O exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não caracteriza a qualidade de empresários. Assim, por exemplo, os médicos, os engenheiros, os dramaturgos, os artistas, os cantores e apresentadores de rádio e de televisão não são necessariamente empresários, mesmo que, para o desempenho de suas atividades, necessitem de auxiliares ou colaboradores.¹⁴⁹

O Código Civil define as sociedades em sociedade empresária e sociedade simples. Por sociedade, o atual Código dispõe como sendo esse contrato aquele pelo qual pessoas se obrigam reciprocamente a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981). Como sociedade empresária, o art. 982 considera a “sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967) [...]”. São consideradas sociedades simples as demais.

¹⁴⁹ COZZA, Mário. *Novo Código Civil: do direito da empresa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 18.



A sociedade por ações, independentemente do seu objeto, será sempre empresária, assim como será sempre sociedade simples a cooperativa. O atual Código Civil dispõe sobre cinco tipos de sociedades: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações e sociedade anônima. Numericamente a sociedade limitada é a mais utilizada, seguida pela sociedade anônima. As demais já não eram utilizadas, caindo em desuso.

A sociedade de capital de indústria deixou de existir. Apesar de, na prática, ser pouco ou quase nada utilizada, do ponto de vista jurídico a discussão da possibilidade de sua adoção já era discutível mesmo antes do advento do novo Código Civil. Sociedade de capital e indústria era aquela constituída por duas ou mais pessoas, sendo que o capital social era formado por um ou alguns dos sócios (sócio capitalista) e outro ou outros sócios concorrendo apenas com o seu trabalho (sócio de indústria). Tal sociedade era regulada pelos artigos 317 a 324 do Código Comercial.

Os sócios capitalistas tinham responsabilidade ilimitada e a prerrogativa exclusiva de administrar a sociedade. Os sócios de indústria ficavam impossibilitados de dar o nome à sociedade e também de exercer a gerência da mesma. Se a sociedade sofresse prejuízos, os sócios de indústria não eram obrigados a repor os valores recebidos a título de lucros. Contudo, a sociedade de capital e indústria já havia sido superada pelo advento da legislação trabalhista.

O sócio de indústria, que entrava somente com seu trabalho, passou a ser verdadeiro empregado. O Código Comercial é de 1850, ou seja, de inspiração individualista do Código de Napoleão, de 1804. O trabalho humano não era regulamentado de forma a impedir a exploração pelo capitalista, pois a intenção era exatamente nesse sentido.

O Código de Napoleão tratava o trabalho do homem livre como locação de serviços (*locatio operarum*), não admitindo qualquer concepção protetiva. Nesse



contexto, o Código Comercial brasileiro possibilitou a associação entre o capitalista e o trabalhador, quando entre eles houvesse espírito associativo. Contudo, tal orientação ficou superada quando o trabalho humano passou a ser regulamentado, de tal forma que a prestação de serviços em certas condições objetivas passou a importar, independentemente da vontade das partes, na relação de emprego e, por conseguinte, no contrato individual de trabalho.

Conforme adverte Moraes Filho, há ambigüidade e confusão na adoção do vocábulo “empresa”, uma vez que ela não pode ser empregadora, pois não tem qualidades subjetivas de titularidade de direitos e obrigações, pois é objeto de direito, e não sujeito de direito. “Ela é da propriedade ou da titularidade de uma pessoa natural ou jurídica, nada mais. Esta que é, a rigor, sujeito de direito”.¹⁵⁰ Contudo, reconhece que há certa tendência, principalmente no direito italiano, de classificar “a empresa (*impresa*), como atividade do empresário, dentro da categoria dos sujeitos do direito, deixando o estabelecimento (*azienda*) para a de objeto de direito”.¹⁵¹

Ao utilizar o vocábulo “empresa”, a CLT pretendeu incorporar a teoria da despersonalização do empregador, isto é, “o contrato de trabalho deixou de ser *intuitu personae* quanto à pessoa natural (ou jurídica) do detentor momentâneo da empresa. O contrato de trabalho, e com ele seu exercente, passou a prender-se diretamente à empresa, à organização, ao conjunto organizado, independente do seu titular”.¹⁵² É importante entender que a força de trabalho, fornecida pelo empregado pelo contrato individual de trabalho, constitui – ao lado da matéria-prima, das máquinas, das ferramentas e outros elementos – mais um fator de produção. Como tal, o empregado – titular da força de trabalho (fator de produção) – se insere e se vincula na empresa (organização dos meios de produção), independentemente da pessoa que esteja explorando a atividade econômica.

¹⁵⁰ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 234-235.

¹⁵¹ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 239.

¹⁵² MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 239.



Apesar das críticas acerca da utilização do vocábulo “empresa” como definidor de empregador, o texto legal é pertinente, na medida em que elege a empresa – como a própria atividade econômica organizada – como empregador. É que o fenômeno jurídico não consegue apreender todas as manifestações da vida social, de forma que pode haver empresa sem formalização pelo aspecto jurídico. É o caso das sociedades de fato (empresas de fato) e das sociedades irregulares (empresas irregulares). A atividade econômica pode ser implementada sem a devida formalização, e mesmo que isso ocorra o empregado estará amparado, pois seu empregador é a própria empresa, independentemente de estar ou não formalizada juridicamente ou da forma que adotou.

O objetivo da conceituação ou da identificação da figura do empregador é a delimitação de responsabilidade e do âmbito de subordinação. O empregado se subordina segundo as finalidades econômico-sociais, e por isso assume os riscos da atividade econômica. Ao assim dispor, a CLT quis significar que o empregador é, em geral, empresa, ou seja, uma instituição que explora determinada atividade econômica. Somente por equiparação é que entidades não econômicas, ou seja, que não visem ao lucro, são consideradas empregadoras.

A empresa é a atividade econômica organizada, que reúne um conjunto de bens, materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, como capital, equipamentos, mobiliários, insumos, tecnologia, etc. Ao complexo de bens organizados dá-se o nome de estabelecimento. É o que se infere do art. 1.142 do Código Civil, que diz: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

A distinção é importante, pois uma empresa pode ter um ou mais estabelecimentos, sendo o empregador a empresa, e não o estabelecimento. Na prática, a responsabilidade recai sobre todos os bens do estabelecimento no qual o



empregado presta seu trabalho, mas também nos de outros que eventualmente a empresa tenha. Também, a distinção é importante na operacionalidade de alguns aspectos da regulamentação trabalhista, como, por exemplo, no caso do registro da jornada de trabalho, pois o art. 74, § 2º, da CLT exige registro manual, mecânico ou eletrônico para os estabelecimentos com mais de dez empregados.

O conceito nuclear de empregado está associado à empresa como organização voltada ao lucro. Contudo, o próprio art. 2º da CLT, em seu § 1º, complementa o conceito dizendo que: “Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”. Assim, mesmo não exercendo atividade econômica e mesmo não sendo empresários no conceito civil, são considerados empregadores os médicos, advogados, engenheiros, dentistas, arquitetos e todos os demais profissionais liberais, bem como outras organizações de atividade não econômica (sem fim lucrativo), como clubes esportivos, clubes de cinema, grêmios de literatura e música, hospitais, casas de saúde, asilos, clínicas, policlínicas, instituições de caridade, entidades sindicais, igrejas e entidades de previdência privada.

2.2.2 Grupo de empresas

Com o desenvolvimento do modelo econômico capitalista e sua constante metamorfose para a superação de suas crises, a exploração econômica, seja no campo da produção, seja no do mercado, tem causado concentração do capital. Oportuno lembrar que a globalização econômica não está globalizando as riquezas produzidas pelo capitalismo; pelo contrário, tem evidente natureza centralizadora. Como asseverou Walter Pires,¹⁵³ as duzentas maiores empresas do planeta, das quais cerca de 130 são

¹⁵³ PIRES, Waldir. *Exposição sobre Reforma Previdenciária*. Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, 30 de abril de 1997. Veiculada pela TV Senado em 30 de maio de 1997, 15h00?



empresas norte-americanas e japoneses, e cerca de 35 empresas, alemãs, inglesas e francesas, faturam juntas 8 trilhões de dólares. Entre as milhares de empresas do globo, somente as 200 maiores faturam quase um terço do PIB do mundo, estimado em 25 trilhões de dólares. Tal fato bem evidencia a tendência centralizadora da globalização econômica em curso.

A exploração de atividade econômica pode ser feita de várias formas. O lucro, visado pelas empresas, é alcançado pela exploração de determinada atividade econômica, seja ela industrial, comercial, agrícola ou financeira. Cada atividade econômica comporta vários setores, desde a extração de matéria-prima até o transporte e comercialização de mercadorias. A produção de uma mercadoria igualmente pode ser fracionada em inúmeros setores. Assim, a empresa pode dominar todos os setores da produção e da atividade econômica como um todo, ou pode limitar-se somente à produção, ou mesmo fracionar a produção em várias empresas. Enfim, o capital visa ao lucro e pode organizar-se formalmente para alcançá-lo de várias formas, desde a organização vertical fordista até a (quase) vertical toyotista.

Dispõe o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Conforme se infere do texto legal, o grupo de empresas traz os seguintes elementos configuradores: empresas participantes, autonomia dos participantes, relação entre os participantes, natureza da atividade, abrangência e prova do grupo econômico.



A Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹⁵⁴ trata do “grupo de sociedades” e, a partir do art. 265, dispõe que a “sociedade controladora e suas controladas podem constituir [...] grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”. Estabelece o art. 266 da mesma Lei que “cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos”. Disso decorre, como observa Délio Maranhão, que o grupo “não tem, como tal, personalidade jurídica”.¹⁵⁵

Contudo, a idéia de grupo previsto no Direito do Trabalho não se confunde com a do Direito Comercial e Civil, no qual somente se admite grupo de sociedades por ações (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações). Naquele, o conceito é mais abrangente, pois contempla toda forma de concentração econômica entre empresas, mesmo que o controle seja feito por empresa individual ou mesmo pessoa física ou membros de uma família. Como ressalta Magano, isso ocorre porque “a tônica do grupo está no poder que o comanda e dirige e não na natureza da pessoa que lhe detenha a titularidade”.¹⁵⁶

Quanto à autonomia dos participantes, dispõe o § 2º do art. 2º da CLT que as empresas envolvidas no grupo tenham personalidade jurídica própria. E nem poderia ser diferente. Se as várias unidades autônomas não tivessem personalidade própria, integrariam uma mesma empresa, ou seja, uma mesma pessoa jurídica, não se falando em grupo, mas senão em empresa única. É o que ocorre com a empresa que tem vários estabelecimentos. De fato, o “grupo” não tem personalidade jurídica própria, dependendo, para sua existência, de mais de uma empresa, cada qual com personalidade distinta.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h59min.

¹⁵⁵ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 284.

¹⁵⁶ MAGANO, 1988, p. 65.



Conforme se infere da redação utilizada pela lei, a relação entre as empresas é sempre de dominação. O grupo, conforme concebido pela CLT, pode ser de duas empresas ou mais. O que é fundamental é a existência de uma empresa principal e de uma ou mais empresas subordinadas. A existência de uma empresa controladora (“empresa-mãe”) e das demais, controladas e administradas, necessita de interligação hierárquica de uma organização.

A dominação, como leciona Octavio Magano,

se exterioriza através da direção, controle ou administração das empresas subordinadas. Controle é a possibilidade do exercício de uma influência dominante, de uma empresa sobre a outra, podendo-se dizer que controlar uma empresa é subordinar os bens a ela atribuídos à consecução de suas finalidades. Esse poder, que se exerce sobre os bens, se estende também à força de trabalho ligada à empresa, explicando a condição de subordinados dos empregados respectivos.¹⁵⁷

Contudo, ao contrário do que pode sugerir a literalidade do texto legal em tela, a relação entre os integrantes do grupo não se dá somente no caso de relações empresariais verticais, nas quais há controle de uma sobre a outra. Há possibilidade de reconhecimento de grupo econômico fora dessa hipótese, quando a realidade revelar que há entre as empresas algum tipo de relação que extrapole as meras relações comerciais, indicando uma associação que permita a imposição de responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, como no caso de consórcios, grupos familiares, entre outros.

¹⁵⁷ MAGANO, 1988, p. 66.



A Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973¹⁵⁸, que dispõe sobre o trabalho rural, em seu art. 2º, § 2º, além das figuras previstas na CLT, contempla o grupo de coordenação, pois estabelece que cada empresa, “mesmo guardando cada uma delas sua autonomia”, forma grupo econômico ou financeiro rural. Conforme leciona Octavio Magano, guardar “autonomia significa não se submeter a controle. Contudo, isso não quer dizer que as empresas do grupo de coordenação não fiquem sujeitas à direção única”.¹⁵⁹ É, como ressalta o autor, o que ocorre com as empresas coligadas, nas quais há participação acionária em mais de 10% e finalidades comuns.

Pelo critério adotado pela Lei, a atividade desenvolvida pelo grupo há de ser econômica. Octavio Magano entende que “atividade econômica é a voltada para a produção de bens e serviços, destinados ao mercado”,¹⁶⁰ razão pela qual não há grupo pela reunião de profissionais liberais, associações recreativas e instituições beneficentes, pois não são consideradas no conceito legal de empresa e concebidas como empregador somente por equiparação, e não por definição.

Contudo, se uma empresa cria uma instituição beneficente para seus empregados, ou mesmo uma instituição de previdência privada supletiva, a conclusão é outra. Aqui a configuração do grupo é possível, pois a instituição é vinculada à empresa econômica, prevalecendo a atividade econômica desta. De fato, a instituição beneficente é criada como sucedâneo direto da relação de emprego, como forma de preservação da força de trabalho que integra o processo de produção e que, por isso, influi na taxa de lucro.

As empresas públicas não podem integrar grupo econômico, pela sua finalidade e pelo fato de ter seu capital integralmente estatal. Assim, não pode ser

¹⁵⁸ BRASIL. Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h01min.

¹⁵⁹ MAGANO, 1988, p. 73.

¹⁶⁰ MAGANO, 1988, p. 73.



controlada ou subordinada a outra empresa. As sociedades de economia mista podem ser, quanto à participação do Estado, majoritárias, se o Poder Público tiver pelo menos 51% das ações, e minoritárias, se este tiver até 49% das ações. No primeiro caso, poderá integrar grupo como empresa principal e, no segundo, também, seja como controladora seja como controlada.

A Lei no Trabalho Rural (Lei n. 5.889/73) acrescenta a atividade financeira ao lado da atividade econômica. Esta diz respeito à “produção de bens e serviços destinados à satisfação das necessidades humanas”, enquanto aquela “se consubstancia na utilização dos instrumentos de troca (moeda e crédito), como meio de promover a atividade econômica”, como sustenta Magano.¹⁶¹ Contudo, a atividade financeira é também atividade econômica, pois seu objetivo, a exemplo da atividade industrial, comercial e agrícola, é o lucro e, em última análise, a acumulação de capital. Em verdade, o capitalismo, conforme sua evolução histórica, se divide em mercantil, industrial e financeiro. Capitalismo é capitalismo, e a acumulação é seu objetivo, não importando o meio que utiliza. Ademais, a jurisprudência vem reconhecendo grupo econômico na atividade financeira no setor urbano.

O raio de abrangência do grupo econômico previsto no art. 2, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme expressa dicção, é a relação de emprego, ou seja, o contrato individual de trabalho. Por isso, a análise do grupo econômico no Direito do Trabalho é diferente e mais ampla do que nos demais ramos do Direito. É que nele se adotam os princípios peculiares, entre os quais o Princípio de Proteção, sua verdadeira razão de ser. Assim, a configuração do grupo econômico sofre elastecimento sempre que se destinar a favorecer os créditos do empregado, créditos esses, deve-se dizer, superprivilegiados.

¹⁶¹ MAGANO, 1988, p. 76-77.



Como o tipo de controle entre os participantes do grupo econômico varia muito na prática, deve-se admitir sua prova através de indícios e presunções.¹⁶² Não se diga que a redação do art. 265 do Código Civil (“A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”) não permite tal afirmação, pois, como ressalta Octavio Magano, “o que se trata de estabelecer, por meio de indícios e presunções, não é a solidariedade, que resulta da lei, e sim a existência do grupo”.¹⁶³ Délio Maranhão tem a mesma opinião, sustentando que a “existência do grupo do qual, por força de lei, decorre a solidariedade, prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias. Tal existência é um *fato*, que pode ser provado por todos os meios que o direito admite”.¹⁶⁴

2.2.2.1 Formas de grupos econômicos

O grupo econômico pode apresentar-se de várias formas nas relações praticas entre empresas. O modelo previsto na CLT, como visto, sugere um único tipo de grupo, qual seja, o decorrente de controle, mas a jurisprudência, considerando o dinamismo empresarial, tem ampliado essa noção.

São consideradas empresas coligadas as juridicamente independentes, mas cuja direção pertence aos mesmos sócios. Isso ocorre quanto esse conjunto de sócios detém um percentual de participação suficiente para assegurar o comando da empresa. O art. 243, § 1º, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estabelece que “São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

As *holding* são empresas que mantêm o controle sobre outras (as subsidiárias) pela posse majoritária das ações. Em geral, a *holding* não produz nada, destinando-se apenas a centralizar o controle sobre um complexo de empresas (*holding*

¹⁶² MAGANO, 1988, p. 66-67.

¹⁶³ MAGANO, 1988, p. 67.

¹⁶⁴ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 285.



pura). Essa forma de organização empresarial, um dos estágios mais avançados da concentração de capital, permite que a *holding* controle um capital muito maior que o seu, auferindo lucros desproporcionalmente elevados.

Conforme dispõe o art. 243, § 1º, da Lei n. 6.404/76, “considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Por seu turno, é empresa subsidiária aquela cujo controle pertença a outra (a *holding*). Mesmo com menos de 50% das ações pode-se ter o controle de uma empresa, mas constitui-se em subsidiária somente quando a *holding* é possuidora da maioria das ações.

Entende-se por consórcio o grupo de duas ou mais empresas formado para a execução de uma obra ou financiamento de um projeto de grande envergadura. Também ocorre consórcio para compra e exploração de uma empresa. No consórcio não há participação acionária, não há controle, não há subordinação (empresa principal e subordinada). Contudo, pode ser reconhecido como “grupo” para efeitos exclusivos de solidariedade quanto aos créditos decorrentes da relação de emprego.

As relações entre empresas vão se aprimorando com o passar do tempo e novas formas de associação empresarial revelam-se no cotidiano das relações econômicas, principalmente diante do fenômeno da globalização. Com a tendência de redução de risco na exploração de atividade econômica, e com o objetivo de expandir uma experiência empresarial exitosa, independentemente de capital disponível, algumas empresas realizam contrato de franquia. Como observa Arnoldo Wald, o “Contrato de ‘franchising’, também chamado de franquia, é aquele pelo qual uma parte (o franqueador), geralmente uma empresa produtora, concede a outra (o franqueado) o



direito de usar a marca do produto ou insígnia, com fornecimento de mercadorias e prestação de serviços, mediante remuneração”. E prossegue, “na ‘franchising’ há também fornecimento de tecnologia, como ‘management’ e ‘marketing’, podendo ainda ser o contrato conjugado ao do ‘engeneering’, quando o franqueador planeja e orienta a montagem da empresa franqueada.”¹⁶⁵

Conforme dispõe o art. 2º da Lei n 8.955, de 15 de dezembro de 1994¹⁶⁶,

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

O contrato de franquia pode incluir várias formas de relacionamento entre as partes, podendo prever a forma de supervisão das atividades, serviços de orientação e outros prestados ao franqueado, treinamento do franqueado, treinamento dos empregados do franqueado, manuais de franquia, auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia e *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado, conforme previsto no art. 3º, inc. XII, alínea “a” a “g”. Disso infere-se que o franqueador pode vir a exercer intenso controle sobre a atividade do franqueado, podendo-se configurar grupo de empresas no âmbito da relação de emprego. É não se pode negar que o franqueador tem lucro diretamente vinculado ao trabalho dos empregados do franqueado, tanto que um dos aspectos centrais da franquia é o treinamento dos seus empregados pelo franqueador. Ainda é uma questão incipiente, de rara freqüência nos tribunais, mas o tema já suscita investigação.

¹⁶⁵ WALD, 1990, p. 421-422.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h02min.



Também quanto à relação existente entre lojista e administradora de *shopping center* pode haver reconhecimento de grupo de empresas para efeito da relação de emprego. Pode parecer estranho num primeiro momento, pois normalmente tem-se o registro de que o lojista limita-se a locar o espaço de exploração de sua atividade econômica, de forma que não haveria possibilidade de a administradora do *shopping center* responder pelos créditos trabalhistas do empregado do lojista.

Entretanto, tais relações já não são decorrentes de mero contrato de locação, mas de uma série de outros aspectos que podem revelar um controle ou uma coordenação por parte da administradora. É que o contrato entre as partes pode prever não somente o aluguel, mas taxas de condomínio, verbas para publicidade, participação da administradora nos resultados do lojista – com possibilidade de auditoria ou conferência por amostragem das vendas realizadas –, e outros aspectos que podem ensejar o reconhecimento de grupo econômico.

2.2.2.2 Conseqüências do reconhecimento de grupo

A solidariedade entre os participantes é a primeira e a principal conseqüência do reconhecimento do grupo econômico. Dispõe o art. 264 do Código Civil que “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Em razão de se entender que o grupo econômico é empregador único (empregador real), e que disso resulta a solidariedade passiva e ativa, não pode o empregado acionar indistintamente qualquer das empresas do grupo. Ainda que se adotem as teses do empregador único e da solidariedade ativa e passiva, parece não ser possível ao empregado demandar indistintamente qualquer empresa do grupo, pois sempre haverá aquela a qual está direta e formalmente vinculado, visto que o grupo não tem personalidade jurídica própria, não podendo ser sujeito formal de direito. Também,



é o empregador aparente que detém os documentos referentes às condições de trabalho do empregado, tendo direito a trazê-los para comprovar suas alegações de defesa.

Com o cancelamento da Súmula n. 205 do Tribunal Superior do Trabalho,¹⁶⁷ pela Resolução n. 121/2003 (Publicada no Diário da Justiça, de 19 de novembro de 2003), o empregado já não precisa indicar no processo de conhecimento as demais empresas integrantes do grupo econômico, pois essa questão pode ser enfrentada na execução, quando e se se constatar a insuficiência patrimonial do empregador-devedor. De fato, o cancelamento do entendimento anterior ia de encontro com a nova perspectiva processual, que tem admitido a ampliação dos mecanismos de efetividade da execução. Em verdade, se na execução, por simples decisão, o juiz pode aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, excutindo os bens dos sócios, com maior razão há de se permitir que também na execução, constatada a insuficiência patrimonial do empregador, se possa integrar na execução as demais empresas do grupo econômico.

2.2.2.3 Grupo econômico: empregador único?

A matéria referente a ser o grupo econômico empregador único é de extrema importância, dela decorrendo efeitos relevantes para o contrato individual de trabalho. Doutrina Octavio Bueno Magano:

Não se pode, assim, afirmar que, na legislação brasileira, a regra da solidariedade haja ficado circunscrita ao aspecto obrigacional. Lícito é, ao contrário, afirmar-se refletir ela a concepção do grupo econômico como realidade atuante, apta a produzir efeitos no mundo do Direito, embora não dotada de personalidade jurídica.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 205: “O responsável solidário, integrante do Grupo Econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no Título Executivo Judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 17h02min.



Isto, aliás, se confirma com o fato de haver sido a mesma realidade expressamente reconhecida como empregador único, idéia que continua inerente à estrutura do texto legal vigente. [...] A apontada idéia de empregador único corresponde à concepção de empregador real, contraposto ao empregador aparente, consoante a qual a existência daquele fica geralmente encoberta pelo véu da personalidade jurídica atribuída a cada uma das empresas do grupo, ressurgindo, porém, toda vez que se levante o mesmo véu, *lifting the corporate veil*, para satisfazer tal ou qual interesse [...].¹⁶⁸

De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho é, como seu nome diz, uma consolidação, e não um Código, tendo consolidado a legislação trabalhista até então vigente. O § 2º do art. 2º tem suas origens no art. 1º da Lei n. 435, de 17 de maio de 1937, que contemplava a noção de empregador único quanto ao grupo econômico. Daí decorrem as palavras do então Ministro do Trabalho e Indústria Alexandre Marcondes Filho ao apresentar ao Presidente da República o projeto definitivo da CLT, item 53 da Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, expressou que: “Na introdução aperfeiçoou a redação dos artigos; inseriu a definição de empregador, que integra o conceito definitivo da redação de empregado, acompanhado-a da noção legal de empregadora única dada pela Lei n. 435, de 17 de maio de 1937 [...]”.

Oportuna e esclarecedora a lição de Moraes Filho:

Mas, uma vez caracterizado inequivocamente o grupo consorcial, como empregador único para todos os efeitos trabalhistas, a solidariedade é não somente passiva, como também ativa. As diversas empresas como que passam a ser meros departamentos do conjunto, dentro do qual circulam livremente os empregados, com todos os direitos adquiridos, como se fora igualmente um só contrato de trabalho. Cabe-lhes, neste sentido, cumprir as ordens lícitas, legais e contratuais do próprio grupo (empregador único), desde que emanadas de fonte legítima.¹⁶⁹

Tem razão Moraes Filho quando afirma que cada empresa do grupo, não obstante tenha sua personalidade jurídica própria, no âmbito do Direito do Trabalho é

¹⁶⁸ MAGANO, 1988, p. 78.

¹⁶⁹ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 241.



considerada como um “departamento” do conjunto. A autonomia formal de cada empresa, com isso, não fica prejudicada, pois ela vale para efeitos tributários, civis e comerciais. Note-se que é tão verdade que a lei contempla a sistemática de grupo econômico como empregador único que o Tribunal Superior do Trabalho, seguindo tal diretriz, editou a Súmula n. 129¹⁷⁰:

Grupo econômico. Contrato de trabalho. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Da súmula infere-se que há somente um contrato individual de trabalho exatamente porque há somente um empregador, pois o grupo econômico é considerado o único empregador. No mesmo sentido é a Súmula n. 93.¹⁷¹

Da noção de grupo econômico como empregador único decorrem outros efeitos, em razão da unidade do contrato individual de trabalho, como a contagem do tempo de serviço prestado às empresas do grupo (*accessio temporis*), a possibilidade de transferência entre essas empresas, de reintegração em outra empresa do grupo por impossibilidade na empregadora e de equiparação salarial. São temas que não são pacíficos, mas que merecem abordagem.

O *accessio temporis* constitui-se pela possibilidade de soma dos períodos de trabalho prestado para as várias empresas do mesmo grupo econômico. A principal consequência do *accessio temporis* seria para aquisição da estabilidade decenal prevista

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 129. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 17h03min.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 93: “Integra a remuneração do bancário a vantagem pecuniária por ele auferida na colocação ou na venda de papéis ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, se exercida essa atividade no horário e no local de trabalho e com o consentimento, tácito ou expresso, do banco empregador”. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 17h04min.



no art. 492 da CLT. Contudo, o instituto já não vigora, salvo para os casos de direito adquirido antes da Constituição Federal de 1988, situações em que o *accessio temporis* parece ter perdido razão de ser. Contudo, ainda hoje, a soma do tempo de serviço é importante, pois norma convencional pode, seguindo a diretriz constitucional (CF, art. 7º, XXI), estabelecer período de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. O *accessio temporis* em relação ao grupo econômico vem sendo reconhecido, inclusive, pelos autores que negam a tese do grupo como empregador único, com base, logicamente, em outros argumentos.

Sendo o grupo considerado empregador único, resta evidente a possibilidade de o empregado ser transferido de uma empresa para outra. Além de se reconhecer solidariedade ativa às empresas do grupo, sem negar a prevalência do empregador aparente (empresa a qual o empregado está formalmente vinculado), dessa noção deve decorrer efetiva proteção ao empregado, de tal forma que, se houver extinção de uma empresa, poderá ser transferido para outra, observando-se, assim, o princípio da continuidade da relação de emprego. Pela mesma razão, deve-se reconhecer a possibilidade de reintegração do empregado em outra empresa do grupo quando da extinção de empresa empregadora.

Por fim, desde que presentes os pressupostos e requisitos do art. 461 da CLT, quais sejam, identidade de função, trabalho de igual valor (mesma produtividade e perfeição técnica), prestado na mesma localidade, e sem que não haja diferença no tempo de serviço superior a dois anos, o empregado do grupo econômico pode pleitear equiparação salarial, mesmo sendo o paradigma vinculado formalmente a outra empresa integrante do grupo. Aqui também cabe a noção de grupo como empregador real.

2.2.3 Sucessão de empregadores



A força de trabalho alienada pelo empregado ao empregador pelo contrato individual de trabalho é um dos fatores de produção, ou seja, um dos elementos necessários para a exploração de atividade econômica. De fato, o lucro somente é alcançado pela dinâmica da força de trabalho dando movimento a todo o processo de produção. Porque a força de trabalho é fator de produção e, por isso, se vincula ao processo produtivo, o contrato individual de trabalho, como instrumento jurídico que viabiliza a venda do trabalho humano, é igualmente subsumido na universalidade fática do estabelecimento, como unidade técnica de produção. Como adverte Moraes Filho e Flores de Moraes, “O contrato de trabalho acompanha o estabelecimento, como elemento indispensável de sua constituição, através de todas as suas vicissitudes”.¹⁷²

Tendo tal noção presente, pode-se compreender a razão pela qual o contrato individual de trabalho não se altera quando da alteração na titularidade da exploração econômica. Assim como a matéria-prima, a maquinaria, as ferramentas, enfim, os demais fatores de produção e os bens materiais e imateriais do estabelecimento são transferidos, a força de trabalho também segue o mesmo destino.

Como adverte Délio Maranhão, a “transferência do estabelecimento, como um *bem* que resulta do conjunto de vínculos existentes entre os diferentes fatores de produção, supõe a de todos os elementos organizados. Um desses elementos é o trabalho”.¹⁷³ Dispõe o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

O vocábulo “empresa” é aqui utilizado na acepção do art. 2º, qual seja, significando o empregador. Mas o que importa analisar são os efeitos do trespasse do estabelecimento, como unidade técnica de produção, nos contratos de trabalho. De fato,

¹⁷² MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 242.

¹⁷³ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 287.



não pode haver transferência da empresa, assim considerada como um “organismo econômico, isto é, a atividade por ele (empresário) organizada e desenvolvida por meio do estabelecimento, que é o instrumento adequado para a consecução desta finalidade econômica”.¹⁷⁴ A transferência é do estabelecimento. Maranhão resume: “A verdade é que a sucessão de empregadores se prende, no direito do trabalho, à transferência do *estabelecimento*”.¹⁷⁵

Assim, se uma empresa tiver vários estabelecimentos e somente um deles sofrer trespasse, não haverá mudança na propriedade da empresa, mas sim do estabelecimento e, por isso, haverá sucessão de empregadores.

Também, não há mudança na estrutura da empresa, pois empresa é a dinâmica da exploração de uma atividade econômica. Pode haver alteração da sociedade, como pessoa jurídica de direito privado, sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica. A sociedade é o capitalista, o empresário, a pessoa que exerce a atividade econômica lucrativa.

O trespasse, como leciona Tavares Paes, “é a transferência do estabelecimento, como *uma universalidade de fatos*, que se dá por venda ou cessão”.¹⁷⁶ Só compreende os elementos ativos. Assim, o adquirente não se obriga pelas dívidas de seu antecessor. Essa é a regra. Há duas exceções: Direito do Trabalho e Direito Tributário.

Sucessão, em seu significado mais amplo, como lembra Délio Maranhão, “abrange todos os casos em que se verifica uma modificação do direito quanto ao respectivo sujeito”.¹⁷⁷ Em sentido jurídico, sucessão consiste “na substituição de uma

¹⁷⁴ TAVARES PAES, Paulo Roberto. *Curso de Direito Comercial*, 2.ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1996, v. II, p. 39.

¹⁷⁵ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 289.

¹⁷⁶ TAVARES PAES, 1996, p. 5.

¹⁷⁷ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 285.



pessoa por outra na mesma relação jurídica: a identidade da relação e a diversidade dos sujeitos caracterizam a verdadeira sucessão”.¹⁷⁸ O contrato individual de trabalho é *intuitu personae* (em consideração à pessoa) em relação ao empregado, não o sendo quanto ao empregador.

2.2.3.1 Requisitos da sucessão

Para que ocorra a sucessão de empregadores e seus efeitos, imprescindível que concorram os requisitos a seguir. Primeiro, que haja mudança na titularidade da exploração de um estabelecimento, assim considerado uma universalidade de fatos (*universitas facti*), uma unidade orgânica. A mera alteração na estrutura da pessoa jurídica, como alteração do quadro societário, não é suficiente para caracterizar a sucessão empresarial. Também, é preciso que não haja solução de continuidade na prestação do trabalho, ou seja, que aquele que invoca a sucessão tenha continuado a trabalhar para o sucessor. Percebe-se, assim, que a sucessão é uma manifestação subjetiva, pois pode ocorrer para um empregado e não ocorrer para outro.

Apesar disso, a jurisprudência traz certa tendência de objetivar a sucessão, estabelecendo critérios que desconsideram o contrato de trabalho individualizado.¹⁷⁹ Se ocorre transferência do estabelecimento e o empregado não

¹⁷⁸ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 285.

¹⁷⁹ A seguinte jurisprudência destaca as tendências objetivista e subjetivista: “Sucessão trabalhista. No tocante ao instituto previsto nos artigos 10 e 448 da CLT, duas são as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais: a primeira, que afirma ser necessário, para a assunção da dívida pelo sucessor, que o empregado continue a para ele prestar serviços e, a segunda, que nega tal requisito, bastando que tenha ocorrido prestação de serviços para o sucedido. Todavia, em ambas, é necessário que ocorra a transferência da titularidade da empresa ou estabelecimento, ou, no mínimo, de seus bens materiais e imateriais. Esse é um requisito de ordem objetiva que não pode ser ignorado e nem se confunde com a expansão das atividades contratuais de uma sociedade empresária ou paralisação das atividades de outra” (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Ac. 7975/06, Juiz Gerson P. Taboada Conrado - Publicado no DJ/SC em 23.06.2006, página: 312). Representando a corrente da teoria objetivista da sucessão, segue o seguinte julgado: SUCESSÃO DE EMPREGADOR. CARACTERIZAÇÃO. Para a configuração da sucessão de empregador, basta o repasse dos bens necessários para assegurar a continuidade econômica da empresa (SANTA CATARINA. Tribunal



prestou serviços para o sucessor, para ele não se operou a sucessão, permanecendo o sucedido responsável pelas parcelas trabalhistas. Caso o sucedido, pela transferência, tenha ficado sem condições patrimoniais, é caso de apurar-se fraude contra credores ou fraude à execução.

Não se opera sucessão quando há transferência de parte do estabelecimento, que, por si só, não seja capaz de gerar produção; por exemplo, venda de determinada máquina ou parte do estabelecimento não capaz de configurar uma unidade orgânica produtiva.

O estabelecimento somente pode ser entendido como uma organização produtiva se presente o atributo denominado aviamento. Na correta definição de Tavares Paes, aviamento “é o resultado de um conjunto variado de fatores pessoais, materiais e imateriais que dão a um determinado estabelecimento uma aptidão para produzir lucros futuros”.¹⁸⁰ Assim, se o estabelecimento é trespessado como um todo, mas sem capacidade de conduzir o novo titular ao lucro, inexistente sucessão.

Também, não ocorre sucessão no caso de reconversão, ou seja, quando o estabelecimento é utilizado para exploração de outra atividade econômica, que não a realizada pela empresa anterior. Assim, para haver sucessão é preciso que não haja alteração nos fins para os quais se constituiu o estabelecimento, ou seja, que a força de trabalho inserida no processo produtivo abrangido pelo estabelecimento não sofra sensível alteração, de tal modo que se possa afirmar que a universalidade fática do estabelecimento tenha ficado desnaturada.

Contudo, o estabelecimento é somente instrumento para o lucro, caso em que, ainda que haja reconversão, ou seja, passe o estabelecimento a produzir outros

Regional do Trabalho. Ac. 2555/06, Juiz Marcus Pina Mugnaini - Publicado no DJ/SC em 07.03.2006, página: 248).

¹⁸⁰ TAVARES PAES, 1996, p. 9.



produtos, utilizando os mesmos elementos materiais (local, prédio, maquinaria, etc.), se houver permanência da prestação do trabalho, haverá sucessão e seus efeitos. O que se quer dizer é que a mera transferência do local do estabelecimento e dos bens materiais que o integram não é capaz de conduzir à sucessão. Uma fábrica pode ser adquirida para, sem maiores alterações de sua estrutura, funcionar como um museu ou um bar. Por outro lado, se uma fábrica de geladeiras é adquirida e passa a fabricar outros aparelhos eletrodomésticos, haverá sucessão e seus efeitos.

2.2.3.2 Efeitos da sucessão

Havendo sucessão de empresas, disso decorrem certos efeitos para a relação de emprego, como elementos destinados a manter o pressuposto de incidência das normas de proteção ao trabalho e de preservação da dignidade da pessoa humana. Cabe destacar o respeito aos contratos de trabalhos dos empregados integrantes do quadro funcional da empresa quando da sucessão e a responsabilidade patrimonial do sucessor.

No que tange ao primeiro aspecto, o sucessor deve respeitar os contratos individuais de trabalho firmados pelo sucedido, bem como os direitos adquiridos (CLT, art. 10) e as condições de trabalho outrora vigentes. Assim, o sucessor não pode alterar as cláusulas contratuais, salvo para melhorar a condição de trabalho dos empregados, conforme determina o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A responsabilidade do novo empregador pelos contratos de trabalho celebrados pelo antigo, em razão da sucessão, como adverte Maranhão e Carvalho, “opera-se *ope legis*, sendo irrelevante o *vínculo* entre sucedido e sucessor e a natureza do *título* que possibilitava ao titular do estabelecimento a utilização dos meios de produção nele organizados”.¹⁸¹ Isso porque adquiriu o estabelecimento, como unidade

¹⁸¹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 94.



técnica de produção, sendo que o trabalho é um de seus elementos. Como adverte Ferrara, é “como se o posto de mando de um veículo fosse ocupado por outro”.¹⁸² Lecionam Moraes Filho e Flores Moraes que, no Direito do Trabalho, “ao contrário do civil e do comercial, a sucessão é mais de natureza econômica, objetiva, do que propriamente jurídica ou subjetiva. Não há necessidade de nenhum vínculo jurídico, expresso, entre o sucedido e o sucessor”.¹⁸³

A lei não prevê qualquer hipótese de responsabilidade solidária ou subsidiária entre o sucedido e o sucessor, sendo exclusivamente deste a responsabilidade pelas obrigações advindas dos contratos individuais de trabalho.

A responsabilidade do sucessor decorre da lei (CLT, art. 448), caso em que é totalmente inoperante, ou seja, nula de pleno direito, cláusula entre os empresários com o intuito de afastar ou limitar eventual responsabilidade do sucessor. Assim, inválida a cláusula pactuada entre vendedor e adquirente no sentido de que este recebe o estabelecimento livre e desembaraçado de quaisquer ônus, inclusive os trabalhistas.

O novo empregador, que sucede, não é obrigado a aceitar os empregados contratados pelo antigo. Contudo, deve pagar as verbas rescisórias pela despedida sem justa causa, constituindo presunção absoluta que é do novo empregador a iniciativa rescisória.

Outra questão a ser analisada é se a sucessão de empresa constitui justa causa da rescisão do contrato de trabalho por parte do empregado. Em face do princípio da despersonalização do empregador, segundo o qual o empregado presta serviços para a empresa, e não para a pessoa que dirige o negócio, a sucessão não enseja

¹⁸² *Apud* MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA, 1991, p. 287.

¹⁸³ MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 1993, p. 243.



possibilidade de o empregado pretender a terminação do contrato por justa causa. Assim, a alteração da titularidade da empresa, por si só, não dá ao empregado justo motivo para rescindir o contrato de trabalho. Contudo, admite-se que, quando a permanência no emprego possa gerar dano moral ou grave constrangimento, pode requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho. É o caso de uma empresa jornalística de um partido que é adquirida por outro, de bases ideológicas diversas.

2.2.3.2.1 Responsabilidade pela sucessão e execução

Outra indagação que se pode fazer em relação à sucessão de empregadores e seus efeitos é quanto à responsabilidade das empresas envolvidas. O que freqüentemente se apresenta na prática judiciária diz respeito à possibilidade de, na fase de execução, se investigar acerca da sucessão, de forma a possibilitar o redirecionamento da execução, a fim de se excutir o patrimônio da empresa que está na exploração do estabelecimento que antes era do empregador. Para resolver a questão, é preciso lembrar os requisitos da sucessão: alteração na titularidade do estabelecimento e continuidade da prestação de trabalho.

Ocorrendo sucessão, a responsabilidade é exclusivamente do novo empregador, não obstante ser possível reconhecer, de forma extraordinária, a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida. Todavia, pode ocorrer que o empregado não tenha prestado serviços para a empresa sucessora, mas tão-somente para a sucedida. Sendo esta acionada, mostra-se incapaz de saldar seus débitos, pois seu patrimônio foi repassado para outrem. Nesses casos, ainda que não tenha havido sucessão propriamente dita – considerando-se a teoria subjetivista –, o patrimônio adquirido pelo sucessor responde pelo débito, não por ter agido por culpa ou dolo, mas porque os bens materiais que integram o estabelecimento sucedido constituem verdadeira garantia aos créditos do empregado. Com seu trabalho, ele contribuiu para a formação do patrimônio empresarial, que fica vinculado, por ficção jurídica, aos seus créditos. Se esse patrimônio é trespassado para outro empresário, este deve respeitar a



garantia do empregado, pois inegavelmente a exploração econômica do sucessor não deixa de se vincular com o trabalho prestado pelos empregados do passado, ainda que a relação de emprego se tenha extinguido antes do trespasse.

Se a transferência do estabelecimento ocorrer antes do ajuizamento da ação, dá-se o caso de fraude contra credores, nos termos dos artigos 158 e seguintes do Código Civil. Nesse caso, o ato é anulável, dependendo de prova de certas circunstâncias, o que se deverá fazer em ação própria. Contudo, dada a vinculação do crédito do empregado ao patrimônio do estabelecimento, no âmbito da Justiça do Trabalho é mais tênue a investigação da insolvência do devedor, *in caso*, o empregador-sucedido. Por outro lado, se a transferência ocorrer após o aforamento da ação, configurar-se-á fraude de execução, nos termos do art. 593, inc. II, do Código de Processo Civil, pois, “ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”.

Também aqui não se exige comprovação inequívoca de que a alienação tenha levado o devedor à insolvência, bastando restar evidenciada dificuldade na execução, pois na Justiça do Trabalho o que importa é a proteção do trabalhador-credor, visto que a proteção legal somente se torna efetiva pela materialização do direito. Não se exige, também, que já se tenha dado início à fase de execução, pois a fraude de execução ocorre quando a alienação tenha ocorrido quando já corria demanda em face daquele que realizou a alienação. Nesse caso, a decretação de nulidade do ato independe de ação própria deve ser feita no próprio processo trabalhista, seja na fase cognitiva, seja na de execução, e até mesmo de ofício.

2.2.4 Terceirização

Para melhor definir o tema do empregador na vertente da responsabilidade patrimonial garantidora dos créditos trabalhistas, importa enfrentar o tema da terceirização, como forma recente de organização da produção capitalista. De



fato, a crise do capital iniciada na década de 1970 gerou uma redefinição na organização da produção e da atividade empresarial, causando uma fragmentação de estruturas empresariais antes auto-suficientes.

2.2.4.1 Conceito

Com a crise do capitalismo dos anos 70, o modo de acumulação de capital foi alterado, importando numa reestruturação em todos os sentidos, inclusive quanto ao modelo de organização da produção. Rompendo com o perfil de produção rígida, o novo modelo, amparado no toyotismo, prega a “horizontalização” da produção, em contraposição à “verticalização” do modelo fordista.

Nesse contexto, a empresa, buscando superar a crise e ampliar as bases de acumulação de capital, transfere para outras empresas de menor porte atividades não ligadas essencialmente à sua atividade principal. Tudo isso para adaptar a produção das empresas às exigências da acumulação flexível. No contexto da terceirização, surge a necessidade de se distinguir entre atividade-fim e atividade-meio, pois os serviços inseridos nesta é que podem ser objeto de terceirização.

Para que ocorra terceirização, como alteração do modelo de organização da produção, são necessários três requisitos básicos: a) que a parceria ocorra entre empresas independentes; b) que a empresa terceira seja especializada em determinada atividade; e c) que a transferência de atividades se dê com base em critérios estratégicos.

2.2.4.2 Responsabilidade pela terceirização

A Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que revisou a de número 256, trata da legalidade dos contratos de prestação de serviços, prescrevendo que a prática é ilegal, salvo nos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância,



limpeza e conservação, entre outros serviços especializados. Nesses casos não há formação de vínculo direto com o tomador dos serviços, desde que ausentes os elementos pessoalidade e subordinação.

As razões que levaram o TST a acolher esse entendimento são óbvias. A intermediação de mão-de-obra é fenômeno repellido pelo Direito do Trabalho. A atividade econômica, pelo menos enquanto não houver a implantação da automação absoluta, se desenvolve por pessoas. Esses trabalhadores podem desempenhar serviços diversos na atividade-fim ou na atividade-meio. O empregador, segundo os critérios legais, deve vincular-se a todos os seus “colaboradores” através de vínculo institucional permanente.

A terceirização implementada nos países europeus consiste na contratação de uma empresa, por outra, para atender a serviço especializado desta, que não constitui serviço essencial de sua atividade empresarial. Por exemplo, uma indústria qualquer contrata uma empresa especializada em serviços de informática para implantar um centro de processamento de dados na empresa cliente. A contratada coloca seu pessoal, igualmente especializado e bem remunerado, para executar tal serviço nas dependências da empresa-cliente.

A legislação brasileira admite, por exceção, a contratação de trabalhadores por intermédio de empresas prestadores de serviços (Lei n. 6.019, de 31 de janeiro de 1974¹⁸⁴, e Lei n. 7.102, de 10 de junho de 1983¹⁸⁵).

¹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 6.019, de 31 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h07min.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h08min.



A sociologia e a antropologia do trabalho repudiam qualquer interferência na relação de trabalho, que deve se estabelecer entre o trabalhador e o empregador, sendo este o beneficiário direto dos serviços prestados. É que o emprego é muito mais do que o ganha-pão do trabalhador, é, ou pelo menos deveria ser, um fator de integração social.

É verdade que, na passagem do feudalismo para a monarquia centralizadora do período do absolutismo, e daí para o capitalismo, os trabalhadores deixaram de ter a posse direta dos meios de produção – como também ocorria na escravidão – e passaram a ser trabalhadores assalariados, sem possibilidade de dar início ao processo produtivo sem que haja a intervenção direta do empresário. Mas nem por isso o trabalho e o local de trabalho deixaram de ser algo importante. O trabalho alienado pelo trabalhador não pode ser desvinculado de sua pessoa.

Na verdade, ocorre um retorno à *marchandage*. Ressurge a figura do *marchandeur*, o intermediário. A *marchandage* foi condenada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que apenas admite as agências de colocação de emprego, nos termos da Convenção n. 96. Relembre-se que o Brasil ratificou essa Convenção (Decreto n. 63.161, de 23 de agosto de 1968¹⁸⁶), mas a denunciou para permitir a vigência da legislação sobre trabalho temporário e de vigilância bancária, que são os limites legais dessa prática.

Agora, sob o manto do fenômeno da terceirização no plano econômico internacional, reaviva-se a intermediação da mão-de-obra. Ao arrepio da proibição legal,

¹⁸⁶ BRASIL. Decreto n. 63.161, de 23 de agosto de 1968. Promulga a Convenção da OIT 96 concernente aos escritórios remunerados de empregos. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=286875&infobase=legis.nfo&jump=MP%20n%ba%200187%2f2004&softpage=ref_Doc>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h20min.



sob olhares complacentes da fiscalização do Governo Federal e do próprio Poder Judiciário, diante da frágil resistência sindical, milhares de empresas de locação de mão-de-obra aproveitam-se do vasto campo para atuar diante do quadro de crise social e desemprego, aumentando as injustiças sociais, pelo aviltamento do trabalho.

2.2.4.3 Terceirização e intermediação de mão-de-obra

A terceirização é um processo definitivo de extinção de setores da empresa, com o objetivo de redução de custos. Pela terceirização, uma parte da empresa é desativada, sendo seus empregados dispensados e o resultado dessa parte é adquirido de outra empresa, que já existe ou que se forma para tal fim. O setor da empresa que é objeto da terceirização pode ser produtivo ou não, ou seja, pode ser um setor que produz certos bens materiais ou que produz certos serviços. Por exemplo, se uma montadora de automóveis terceiriza um setor de produção de componentes eletrônicos, tais produtos serão adquiridos de outra empresa, que pode ter sido constituída após a extinção do setor ou que já podia estar em funcionamento.

Neste caso, nenhuma repercussão, em tese, terá no campo do Direito do Trabalho, pois se tratará de uma relação mercantil entre empresas, ainda que não se possa deixar de reconhecer a perversidade do processo de terceirização, que só tem contribuído para a precarização das relações de trabalho e para o agravamento da situação social do trabalho. Contudo, nessa hipótese, o trabalhador da empresa terceirizada não presta qualquer serviço nas dependências da empresa compradora dos produtos, não sendo, por isso, considerada empresa tomadora. Entretanto, uma empresa pode terceirizar um setor seu de prestação de serviços, e não de produção de mercadorias, de tal forma que para sua realização é preciso a presença física do empregado nas dependências da empresa. Esse caso interessa ao Direito do Trabalho, especificamente quanto à responsabilidade da empresa tomadora de serviços. É que a empresa terceirizada, prestadora de serviços, o realiza pela presença de seus



empregados nas dependências da empresa-cliente, sendo esta, assim, empresa tomadora de serviços. Note-se que a terceirização, conforme entendimento sumulado, somente pode ocorrer nas atividades-meio, jamais nas atividades-fim. Assim, a terceirização que interessa no âmbito do Direito do Trabalho é a do tipo terceirização de serviços, e não a terceirização de produção.

Na terceirização de produção, somente haverá responsabilidade se a empresa principal se constituir, com as empresas fornecedoras, em grupo econômico, seja pela participação acionária ou por qualquer outra forma de direção ou possibilidade de controle decisório. Assim, se a vinculação da empresa fornecedora em relação à empresa principal, apesar da total autonomia entre ambas, for de tal ordem que esta tenha condições de influenciar nas políticas internas daquela, indubitavelmente teremos grupo econômico trabalhista.

A intermediação, por sua vez, é, em princípio, ilegal, caso em que se forma vínculo empregatício diretamente entre o empregado e a empresa tomadora. A Súmula 331 do TST, seguindo a diretriz jurisprudencial de outrora, admitiu somente uma exceção para a intermediação, qual seja, a prevista na Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário. O art. 2º dessa Lei restringe a incidência dessa espécie de contrato aos casos de substituição de pessoal regular e permanente e no caso de acréscimo extraordinário de serviço. Aqui não se indaga que a intermediação lícita (trabalho temporário) se dará em atividade-fim ou atividade-meio. Pode haver substituição de pessoal regular e permanente inserido em uma ou outra atividade da empresa-cliente. Contudo, as condições de validade desse tipo de intermediação estão expressamente previstas na referida Lei, que constitui os exatos limites da terceirização no Direito brasileiro. Fora desses limites, a intermediação é ilegal e o tomador assume total responsabilidade pelas parcelas do contrato individual de trabalho, pois passa a ser considerado o verdadeiro empregador. Assim, resta saber em que casos há responsabilidade solidária ou subsidiária quando se tiver intermediação.



Euclides Alcides Rocha analisa a diferença entre o processo de efetiva terceirização, como tendência de horizontalidade da produção de bens e serviços, e a locação de mão-de-obra, nestes termos:

Compreendido o processo de terceirização dentro da tendência universal de horizontalidade da produção de bens e serviços, e que vem desencadeando, mesmo entre nós, esse processo descentralizador, com o surgimento e o incentivo às franquias e até mesmo campanhas institucionais em favor da pequena e média empresa, não se pode confundi-lo com outra vertente, que às vezes se procura mesclar ou até mesmo denominar de terceirização, e que pertine à subcontratação de trabalhadores ou à locação de mão-de-obra.¹⁸⁷

A distinção é fundamental. De um lado, existem empresas que, na escala produtiva, estão integradas na fabricação de bens necessários à complementação de um determinado produto, ou de empresas prestadoras dos mais variados serviços. E, de outro lado, há empresas intermediárias da mão-de-obra, que colocam a força de trabalho a serviço de outras empresas, mera locação do trabalho humano.

No que se refere à primeira situação, trata-se de um desdobramento da metodologia econômica dos tempos atuais. No que concerne à segunda, é a reavivação da atividade espúria condenada como aviltamento dos trabalhadores.

Criaram-se, assim, as figuras da tomadora de serviços e da empresa prestadora de serviços. José Martins Catharino acentua:

A empresa tomadora de serviços a cargo de outra visa a reduzir seus custos operacionais para mais lucrar, e a fornecedora lucrar o mais possível, segundo as condições de mercado. Assim sendo, do contrato interempresário correspondente resulta a existência de empregados da fornecedora, sujeitos à exploração, porque, devido à dupla perseguição de lucro, sua empregadora tudo faz para

¹⁸⁷ ROCHA, Euclides Alcides. O Enunciado n° 331 do TST: terceirização x locação de mão-de-obra. *Revista Genesis*, n. 25, jan. 1995, p. 32.



reduzir o seu custo operacional. Resultado, os seus empregados levam a pior, em todos os sentidos.¹⁸⁸

No plano jurídico, a condenação da intermediação da mão-de-obra se cristalizou quando o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 256, representando, segundo José Martins Catharino, “o ápice da reação encetada no TST contra as fraudes amiúde cometidas pelas sociedades comerciais com atividade bancária e assemelhadas. Portanto, a Súmula 256 somente admitiu 'terceirização' nos estritos termos da citada legislação”.¹⁸⁹

A matéria envolve, assim, complexidade para seu enfoque diante das mudanças apresentadas no plano da economia internacional, com reflexos diretos no Brasil, em razão da globalização do capitalismo. A Organização Internacional do Trabalho, pela Convenção n. 96, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, em 8 de junho de 1949, tinha posicionamento rígido contrário às agências de colocação não gratuitas, mas tal convenção foi revisada pela de n. 181, aprovada em 19 de Junho de 1997, e ratificada pelo Brasil em 31 de janeiro de 2001. Com isso, houve denúncia automática da Convenção n. 96, uma vez que reconheceu a OIT a “importância da flexibilidade no funcionamento dos mercados de trabalho”, conforme se extrai do preâmbulo da nova convenção.

2.2.4.4 Solidariedade e responsabilidade subsidiária

Ao abordar a questão referente ao benefício de ordem na estrutura da fiança, Arnoldo Wald assevera:

O benefício de ordem consiste na possibilidade dada ao fiador de, até a contestação da lide, indicar bens do devedor livres e desembaraçados existentes no município suficientes para solver o débito, a fim de evitar a execução dos seus próprios bens. O

¹⁸⁸ CATHARINO, José Martins. Terceirização e os Enunciados 256 e 322. In: *Revista Genesis*, n. 18, jun. 1991, p. 569.

¹⁸⁹ CATHARINO, 1991, p. 570.



benefício de ordem decorre da natureza normalmente subsidiária ou complementar da responsabilidade do fiador, desaparecendo todavia quando o credor renunciou expressamente a este benefício, ou se obrigou como principal pagador e devedor solidário ou ainda sendo o afiançado pessoa insolvente ou falida [...].¹⁹⁰

Assevera Euclides Alcides Rocha que a inovação mais sensível ou expressiva é aquela prevista no item IV, segundo o qual:

o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹⁹¹

E continua,

Substituiu-se a solidariedade passiva entre a locadora e o tomador, pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho, pela figura da responsabilidade subsidiária. Ao substituir a tradicional solidariedade passiva entre o tomador e o intermediário da locação ilegal de serviços, quis o Enunciado em comento, inequivocadamente, amenizar a posição jurídica do tomador, que subsidiariamente, só responde pela dívida quando esgotado o patrimônio ou a solvabilidade do marchandeur, mas advirta-se, responde tanto o tomador privado quanto o ente público. As razões que determinam tal responsabilidade, de ordem social, e jurídica, não autorizam haja semelhante diferenciação de tratamento. A culpa *in iligendo* que se encontra na base de tal responsabilidade, não é menor nem diferente quando se trate de contratante público.¹⁹²

E arremata citando a lição de Martins Catharino:

¹⁹⁰ WALD, 1990, p. 402.

¹⁹¹ ROCHA, 1995, p. 33.

¹⁹² ROCHA, 1995, p. 33.



O Estado, em evolução democrática, está integrado e sujeito à ordem jurídica, autônoma e heterônoma: *the States is subject of Law*. Se legisla para proteger os trabalhadores, obediente ao princípio da igualdade jurídica, tratando sujeitos desigualmente na medida em que se desigalam, ele próprio, para preservar normalmente a sua autoridade, deve autolimitar seu poder de império, sujeitando-se à ordem jurídica, da qual é o principal agente. Não deve conceder privilégios a si próprio, fazendo e agindo em sentido contrário ou diverso do exigido pela ordem pública, ou pelo interesse público, atendidos, uma e outro, pela legislação imperativa ou cogente do trabalho, destinada a proteger o trabalhador, por definição, pessoa humana e economicamente fraca. O Estado não agir como exige que os particulares ajam é imoral e juridicamente subversivo.¹⁹³

Maurício Godinho Delgado conclui:

Enquanto não se modernizar (e se democratizar) o anacrônico modelo de cinquenta anos atrás – de modo a construir soluções mais sólidas e adequadas à realidade do país – resta à Doutrina e Jurisprudência o adicional esforço de buscarem captar, na ordem jurídica, induções normativas que impeçam o virtual esfacelamento, pelo processo de “terceirização”, do núcleo equitativo básico que tanto caracteriza o Direito do Trabalho. De todas as induções normativas existentes a que mais importa ao presente debate – e a que menos nele se encontra hoje concretizada – é a concernente ao princípio ético-jurídico essencial da isonomia (art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, caput e I; art. 7º, XXXII, Carta Constitucional de 1988).¹⁹⁴

A responsabilidade do tomador de serviço, seja nos casos de terceirização, seja nos de intermediação de mão-de-obra, é medida garantidora da dignidade do trabalho humano, e deve ser ampliada e fortalecida, para que aquele que se aproveita do trabalho não possa ficar eximido de responsabilidade.

¹⁹³ ROCHA, 1995, p. 91.

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. A Terceirização no Direito do Trabalho Brasileiro: Notas Introdutórias. In: Revista LTr 58-10/1217.



2.2.4.5 Responsabilidade do Poder Público na terceirização

É inaplicável o art. 71 e seus §§, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993¹⁹⁵, seja porque há aplicação supletiva de teoria geral dos contratos, nos termos do art. 54 da mesma Lei, seja porque a aplicação do preceito mencionado sofre sérias restrições, no âmbito do Direito do Trabalho.

As normas de um ordenamento jurídico podem sofrer três níveis de análise: a justiça, a validade e a eficácia. Ficando o primeiro critério afeto à Filosofia do Direito e o terceiro à Sociologia Jurídica ou à fenomenologia, interessa o segundo, qual seja, o critério da validade. Norberto Bobbio¹⁹⁶ explica que a complexidade (várias fontes produtoras de normas) do ordenamento jurídico não afasta sua unidade. Para tanto, adota a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, teoria originalmente desenvolvida por Hans Kelsen.¹⁹⁷ As normas não estão no mesmo plano, caso em que as normas inferiores encontram sua validade nas superiores, e assim por diante, até chegar-se na norma fundamental, de natureza supraconstitucional e de caráter hipotético.

Da estrutura escalonada e hierarquizada do ordenamento jurídico, decorre a noção segundo a qual, quando o órgão superior atribui ao inferior um poder normativo, já estabelece, desde já, os limites entre os quais esse poder pode ser exercido. Na medida em que se aproxima da base da pirâmide, maiores são os limites. Os limites impostos pelo poder superior ao inferior são de dois tipos: materiais (relativos ao

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h25min.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 38.

¹⁹⁷ KELSEN, 1991, p. 240.



conteúdo) e formais. Assim, a norma inferior somente terá legitimidade se observar os limites materiais e formais impostos pelo poder superior.

Tais noções epistemológicas são necessárias para se resolverem as antinomias do ordenamento. De fato, tem-se uma norma inserida em lei ordinária que aponta para a não responsabilidade do Poder Público pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços. Contudo, é preciso ter presente que essa norma não é isolada, mas integrante de um ordenamento jurídico. Sua validade será encontrada na norma superior, *in casu*, a Constituição Federal. Nela se encontram alguns limites materiais impostos aos órgãos normativos inferiores, cabendo destacar que o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III e IV), e que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*).

Assim sendo, impossível interpretar a norma legal inferior em frontal ofensa aos princípios da norma constitucional superior, sob pena de comprometer a coerência que deve ter todo ordenamento jurídico, razão pela qual se pode considerar inconstitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Além disso, este artigo parece contrariar o que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.¹⁹⁸

O referido dispositivo constitucional estabelece a responsabilidade do Poder Público em relação aos danos causados por seus agentes, responsabilidade civil de natureza objetiva. Isso quer dizer que o Poder Público deve reparar os danos que terceiro suportar em face da atuação do Estado. Leciona Hely Lopes Meirelles que:

O § 6º do art. 37 da Constituição da República, seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores que, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do

¹⁹⁸ Constituição Federal, art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.



direito público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional, e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina [...].¹⁹⁹

Se o Poder Público tem responsabilidade objetiva pelos danos que causar a terceiro, pertinente a doutrina de José Afonso da Silva ao dizer que:

Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcí-los por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. [...] O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada.²⁰⁰

É desprovida de razão a tese pela qual se pretende isentar a administração pública, ainda que indireta, da responsabilidade de reparar os danos suportados pelo trabalhador terceirizado ou temporário, em face da legalidade do contrato de prestação de serviços e pela inexistência de ato ilícito. É que, segundo a doutrina do risco administrativo, o dano pode inclusive advir de atividade lícita da administração. É o que ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.²⁰¹

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1990, p. 550.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 575.

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 354.



Dessa forma, apresenta-se inconstitucional o art. 71 e seu § 1º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, por negar o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e os demais preceitos de valorização da pessoa e do trabalho humano.

Analisando-se os contornos jurídicos dos sujeitos da relação de emprego, bem como suas manifestações atuais no seio da sociedade, procurou-se estabelecer os parâmetros a partir dos quais se poderá enfrentar a constatação da crise da atual teoria da relação de emprego para, após, procurar-se definir os fundamentos de uma nova teoria.



CAPÍTULO III

A CRISE DA ATUAL TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO



A abordagem sobre os fundamentos de uma nova teoria da relação de emprego pressupõe, além das concepções da relação jurídica de emprego e seus sujeitos, noções da crise da atual relação de emprego. Se é certo que as normas jurídicas são produzidas para regular as relações de sua época, disso decorre que a corrosão social da norma ocorre na proporção da alteração das fontes materiais que lhe serviram de inspiração, ou seja, as transformações sociais na âmbito de incidência da norma são a medida da perda de sua eficácia. Por isso, importa saber se a atual teoria da relação de emprego permanece capaz de dar efetividade à dignidade da pessoa humana pela aplicação das normas de proteção ao trabalho.

3.1 CRISE DO CAPITALISMO

Uma análise panorâmica do desenvolvimento capitalista revela que ele é freqüentemente assolado por crises. A primeira grande crise iniciou-se na segunda metade do século XIX, tendo como auge a Grande Depressão de 1929/33. A crise não é exclusividade do capitalismo; sempre houve períodos de adversidades na história do homem. Contudo, antes do advento do sistema capitalista, elas ocorriam em razão de fatores anormais, tais como fenômenos naturais (secas, inundações, epidemias), ou por fatores sociais (como as guerras) que causavam a escassez de um produto e, conseqüentemente, a alta de seu valor.

No capitalismo, como adverte Leo Huberman, a crise “parece parte e parcela de nosso sistema econômico; é caracterizada não pela escassez, mas pela superabundância. Nela, os preços, ao invés de subirem, caem”.²⁰² Não se trata de crise de consumo ou de produção, mas crise de acumulação de capital, pois, se os preços caem, a base de lucratividade é afetada, e o capital não se acumula, estando, assim,



em crise. Por ser o capitalismo o reflexo do comportamento social da espécie humana, é interessante observar como ele também reproduz as atitudes em época de crise. Desmond Morris, analisando a reação de espécies diante de uma explosão populacional que coloca em risco a estrutura social, aduz que seus integrantes

contraem doenças, matam os jovens, combatem-se e mutilam-se entre si. É impossível manter decentemente qualquer padrão de comportamento. Tudo se fragmenta. Acaba por haver tantas mortes que a população fica reduzida a uma baixa densidade e pode voltar a reproduzir-se outra vez, mas não antes de atingir uma fase catastrófica.²⁰³

Um paralelo direto pode ser feito com os períodos de crise do capitalismo, que se caracteriza pela superprodução (densidade produtiva), quando precisa haver a fragmentação de tudo para um recomeço.

Nesses períodos, a superprodução é combatida pela recessão, cujos efeitos são a queda brusca da produção, o desemprego em massa, a redução dos níveis salariais e a corrosão da taxa de lucratividade. “O paradoxo da pobreza em meio da abundância é visto por toda parte”.²⁰⁴

Durante a crise, paradoxalmente, não há escassez dos fatores de produção; há matéria-prima, a maquinaria está disponível, os trabalhadores querem vender sua força de trabalho, e assim por diante. Contudo, nada será feito pelos capitalistas a não ser que vislumbrem possibilidade de lucro. Como adverte Leo Huberman, “no sistema capitalista, as mercadorias não são produzidas para uso, mas para troca – com lucro”.²⁰⁵ É do economista Walter Lipman²⁰⁶ a afirmação de que

²⁰² HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: RTC, 1959, p. 258.

²⁰³ MORRIS, Desmond. *O macaco nu – um estudo do animal humano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 104-105.

²⁰⁴ HUBERMAN, 1959, p. 258.

²⁰⁵ HUBERMAN, 1959, p. 258.



Não adianta falar de recuperação nas atuais condições, a menos que os capitalistas [...] comecem a investir em empresas com o objetivo de obter lucro. Não investirão para ganhar medalhas. Não o farão por patriotismo ou como ato de serviço público. Só o farão se tiverem oportunidade de ganhar dinheiro. O sistema capitalista é assim. É assim que funciona.²⁰⁷

O lucro movimenta as rodas da economia, e o lucro é alcançado no mercado, de forma que se pode concluir que o mercado é o ditador das regras da economia. O sistema capitalista tem como racionalidade a lucratividade. Toda a sua conduta em todos os planos é com vistas ao lucro.

O sistema capitalista tem contradições internas insuperáveis; a taxa de lucro depende diretamente da taxa de exploração da força de trabalho. Assim, se o capitalista visa sempre ao aumento do lucro, a exploração do trabalho é igualmente intensificada. O economista e reformador social inglês Hobson, precursor de Keynes, sustentou que a má distribuição de renda entre os indivíduos da sociedade gera uma poupança por parte da elite que prejudica o consumo e, conseqüentemente, a produção. Hobson, assim, preocupa-se “com a restauração do mercado (e portanto dos lucros) pelo aumento da capacidade aquisitiva das massas”. O neoliberal Hayek, por sua vez, “se preocupa com a restauração do lucro pela redução da capacidade aquisitiva das massas (redução de salários)”²⁰⁸.

É em face dessa contradição essencial insuperável do capitalismo que Marx sustenta não haver saída dentro do sistema. “Para acabar com as crises [escreveu ele], é preciso acabar com o capitalismo.”²⁰⁹ Isso porque o conceito de crise em Marx

²⁰⁶ Walter Lipman participou da reunião convocada por Friedrich Hayek, em Mont Pèlerin, na Suíça, em 1947, para discutir propostas de combate ao modelo de Estado de bem-estar e ao “New Deal” norte-americano, ou seja, ao keynesianismo e ao solidarismo. De tal reunião saíram as bases da doutrina neoliberal.

²⁰⁷ Apud HUBERMAN, 1959, p. 258-259.

²⁰⁸ Apud HUBERMAN, 1959, p. 266.

²⁰⁹ HUBERMAN, 1959, p. 267.



está associado ao conceito de mais-valia. Há uma tendência do capital em concentrar-se nas mãos da elite capitalista, que gera a pauperização dos trabalhadores, o que faria agravar as crises, até sua corrosão total. Nessa perspectiva, o socialismo iria inevitavelmente ser vitorioso.

Em verdade, a contradição é insolúvel. O capital total é dividido em *capital constante* – imobilizado –, que é a parte do capital total e que é empregado nos fatores de produção, de materiais (matéria-prima, maquinaria, ferramentas, insumos), e *capital variável*, que é a parte aplicada na compra da força de trabalho humano, pelo pagamento de salários. A mais-valia depende exclusiva e diretamente do capital variável, pois decorre do trabalho prestado e não pago. Assim, quanto mais o operário trabalhar e menos receber a título de salário, maior será a mais-valia e maior será a taxa de lucro.

Contudo, com o desenvolvimento tecnológico da produção, o capitalista precisa investir cada vez mais em maquinaria (capital constante) para poder continuar competindo. Essas máquinas produzem muito, custam caro e excluem a força de trabalho. Para adquiri-las, o capitalista precisa acumular mais capital, o que é conseguido pela redução do capital variável, causando, assim, a geração de mais-valia e, por conseguinte, a lucratividade. Contudo, surge o outro lado da moeda: com a redução do padrão salarial, o poder aquisitivo da massa de trabalhadores diminui, não comportando o grande número de mercadorias lançadas no mercado.

3.1.1 Crise da década de 1970 e do modelo keynesiano

No começo dos anos 1960, podia-se bem perceber a grandeza dos resultados das políticas keynesianas, refletidas na expansão econômica, no modo de organização empresarial, nos avanços científicos e em certa distribuição de riqueza. Ao mesmo tempo, percebia-se um esgotamento do modelo.



Até o advento das idéias de John Maynard Keynes,²¹⁰ a teoria econômica acreditava que a economia de mercado encontraria sempre e “naturalmente” seu ponto de equilíbrio entre produção e consumo, bem como entre a oferta e a demanda de emprego, de tal forma que todos que quisessem trabalhar por uma remuneração equivalente à sua produtividade conseguiriam fazê-lo. Com esses pressupostos, as crises econômicas eram desajustes do sistema que tenderiam a se autocorrigir.

Keynes revoluciona a concepção econômica vigente à época, dos neoclássicos, afirmando que o desemprego é resultado de uma demanda insuficiente de mão-de-obra, decorrente, por sua vez, de uma demanda insuficiente de bens e serviços. Essa insuficiência poderia ser resolvida, segundo Keynes, pela intervenção do governo mediante políticas de investimentos e incentivos de aumento da demanda efetiva por bens e serviços, majorando os níveis de renda e emprego, de forma que para cada elevação da renda houvesse correspondente elevação do consumo e dos investimentos. Para tanto, Keynes defendeu que o Estado deveria estar dotado de instrumentos capazes de viabilizar os investimentos necessários, através de políticas econômicas de controle dos juros, incremento do consumo pelo aumento dos gastos públicos e empréstimos públicos capazes de absorver o capital não-produtivo.

A teoria keynesiana foi amplamente aplicada pelos países capitalistas após a Segunda Grande Guerra, quando a busca do pleno emprego se tornou um objetivo a ser alcançado e os Estados começaram a lançar mão dos instrumentos propostos.

Apesar de cronologicamente situada em 1973, a crise do modelo keynesiano já apresentava seus primeiros sinais na década de 60. Paradoxalmente, a

²¹⁰ John Maynard Keynes (1883-1946) “foi o mais célebre economista da primeira metade do século XX, pioneiro da macroeconomia. Seus estudos sobre o emprego e o ciclo econômico deitaram por terra os conceitos da ortodoxia marginalista e as políticas por ele sugeridas conduziram a um novo relacionamento, de intervenção, entre o Estado e o conjunto das atividades econômicas de um país” (SANDRONI, 1989, p. 161-162).



crise revelava seus primeiros sinais exatamente no momento em que seus resultados mais estavam evidentes. Como lembra David Harvey,

a recuperação da Europa Ocidental e do Japão tinha se completado, seu mercado interno estava saturado e o impulso para criar mercados de exportação para os seus excedentes tinha de começar. [...] Mas a queda da produtividade e da lucratividade corporativistas depois de 1966 [...] marcou o começo de um problema fiscal nos Estados Unidos que só seria sanado às custas de uma aceleração da inflação, o que começou a solapar o papel do dólar como moeda-reserva internacional estável.²¹¹

O aumento nas taxas de inflação decorreu dos compromissos assumidos pelo Estado keynesiano, seja para conceder aos trabalhadores melhores condições sociais de vida, seja para implementar as políticas de infra-estrutura de expansão do capitalismo. Como sustenta David Harvey,

A rigidez dos compromissos do Estado foi se intensificando à medida que programas de assistência (seguridade social, direitos de pensões, etc.) aumentavam sob pressão para manter a legitimidade num momento em que a rigidez na produção restringia a expansão da base fiscal para gastos públicos. O único instrumento de resposta flexível estava na política monetária, na capacidade de imprimir moeda em qualquer montante que parecesse necessário para manter a economia estável.²¹²

Além da crise monetária gerada pela estagflação (estagnação econômica e inflação – rápido crescimento dos preços), houve a crise do petróleo, decorrente tanto da decisão dos países integrantes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de aumentar o preço do petróleo quanto do embargo árabe às exportações do produto para o Ocidente, durante a guerra com Israel, em 1973. O boicote se deu em relação aos Estados Unidos e outros países que auxiliavam Israel durante a guerra árabe-israelense, o que gerou uma alta considerável no preço internacional do petróleo. Com isso, para manter a taxa de lucratividade, as empresas

²¹¹ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 135.

²¹² HARVEY, 1992, p. 136.



precisaram investir mais capital constante²¹³ – que não gera mais-valia –, prejudicando o coeficiente de lucro.²¹⁴

Por outro lado, a inflação, decorrente dos problemas fiscais e monetários, elevou a taxa de juros, quer dizer, o dinheiro para investimento ficou mais caro, prejudicando, igualmente, a manutenção do lucro. Tal contexto pôs em discussão o problema dos limites das políticas fiscais. Há redução da tributação do capital pela diminuição da base de incidência decorrente da crise produtiva e de consumo. Todavia, o Estado social tem de implementar as políticas públicas necessárias a afastar seu déficit de legitimação. Isso porque o sistema sociopolítico não se sustenta unicamente por ser representativo, mas fundamentalmente por satisfazer as demandas sociais.²¹⁵ Como observa Juan Capella,

o problema do keynesianismo, no plano do racionamento econômico, é simples: o incremento de demandas sociais suscita um incremento da pressão fiscal para fazê-las frente, o qual se traduz em custos de produção crescente, descenso da competitividade e dos benefícios empresariais, e por conseguinte caída da capacidade de contribuição fiscal. A lógica da redistribuição pode romper-se.²¹⁶

²¹³ Capital constante: “Na teoria marxista do valor, a parte do capital total que apenas transfere seu valor para as mercadorias, não criando a mais-valia. Em termos materiais, é composto pelos meios de produção: máquinas, equipamentos, edifícios, matérias-primas, combustíveis, etc.” (SANDRONI, 1989, p. 36).

²¹⁴ “O aumento dos custos energéticos (o governo republicano da USA ampliou seu impacto na psique social ao racionar desnecessariamente a gasolina) abriu a torneira da crise. Paradoxalmente, esta foi meramente conjuntural: as classes possuidoras dos países produtores de petróleo não buscavam financiar a industrialização de seus países com os lucros energéticos, pois isso houvera socavado as bases de sua própria posição ao modificar o sistema de classes (como lhe havia ocorrido ao Xá da Pérsia), senão que reinvestiam seus *petrodólares* (lucros do petróleo) nas bolsas de valores ocidentais. Em realidade, o único que se produziu foi uma mudança menor no sistema de repartição dos lucros. Curiosamente, o desencadeamento *cultural* de uma crise geral a subministrou um problema a relação metrópole-periferia – que então ficou simplesmente adiado” (CAPELLA, 2002, p. 231).

²¹⁵ CAPELLA, 2002, p. 232.

²¹⁶ CAPELLA, 2002, p. 232.



Com isso, o esgotamento do estado intervencionista apresenta-se de forma evidente. Diante desse dilema, duas alternativas se apresentavam. A primeira seria manter e aprofundar as políticas públicas sociais, conservando a orientação de intervenção estatal na economia, a fim de garantir a distribuição do produto social. Para tanto, seria necessário desprivatizar (ou estatizar) ainda que parcialmente as grandes corporações multinacionais, com o objetivo de superar o assistencialismo vigente para uma perspectiva socialista, com abertura da direção das empresas aos princípios democráticos de gestão. A segunda alternativa seria resolver o problema em favor das classes empresariais, com a reprivatização do Estado, debilitação da classe trabalhadora e seus sindicatos, bem como das instituições da política de renda, entre as quais a escala móvel de salários, contratos de trabalho permanentes e elevado custo para dispensa. Em resumo, a segunda alternativa representava o ideário neoliberal, que, conforme confirma a história recente, prevaleceu.²¹⁷

No Brasil, os efeitos da crise do keynesianismo tiveram suas particularidades. A legislação social no Brasil tem origem na época de Getúlio Vargas,²¹⁸ que implanta um conjunto de normas protetivas ao trabalhador, bem como institui um modelo de sindicalismo atrelado ao Estado.²¹⁹ A flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro vem sendo feita desde sua consolidação. Não se pretende fazer uma abordagem detalhada de todas as manifestações de flexibilização, mas tão-somente a indicação de alguns pontos mais marcantes. Já em 1966, pela instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), pela Lei n. 5.107, de 13 de setembro de

²¹⁷ CAPELLA, 2002, p. 233.

²¹⁸ Getúlio Dornelles Vargas nasceu em São Borja (RS), em 19 de abril de 1883. Foi chefe do governo provisório depois da Revolução de 30, presidente eleito pela constituinte, em 17 de julho de 1934, até a implantação da ditadura do Estado Novo, em 10 de novembro de 1937. Foi deposto em 29 de outubro de 1945 e voltou à presidência em 31 de janeiro de 1951, pelo voto popular. Sob pressão de interesses econômicos estrangeiros, pratica suicídio, em 24 de agosto de 1954. (Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/vargas.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2006, às 19h46min).

²¹⁹ Sobre a história geral dos movimentos dos trabalhadores e dos direitos sociais no Brasil, consultar: BUSNELLO, Ronaldo. *Processo de produção e regulação social*. Ijuí: Ed. Ijuí, 2005.



1966,²²⁰ houve uma flexibilização do direito do empregado em relação a adquirir estabilidade no emprego, pela prescrição aquisitiva prevista no art. 492 da CLT.²²¹ No sistema da estabilidade decenal, o tempo de serviço gerava estabilidade no emprego, e a partir da criação do FGTS, o tempo de serviço passou a ser garantido por um fundo, daí o próprio nome do instituto. Até o advento da Constituição Federal de 1988, os institutos da estabilidade decenal e do FGTS existiram conjuntamente, quando foi extinto o primeiro.

Também com o advento da Constituição Federal de 1988, restou assentado no inciso XI do art. 7º o direito dos trabalhadores de “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”. Tal direito foi instituído pela Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994, com 77 sucessivas reedições, até a conversão do texto na Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Essa forma de contraprestação, ainda que desvinculada da remuneração para efeito de reflexos trabalhistas e de encargos sociais, tem por finalidade a “integração entre o capital e o trabalho” e o “incentivo à produtividade”, conforme disposição do art. 1º da Lei.

Pela Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998,²²² foi instituído o contrato temporário de trabalho,²²³ que não se confunde com o contrato de trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que é caso de intermediação de mão-de-obra, como já abordado no Capítulo II. O contrato temporário de trabalho permite

²²⁰ BRASIL, Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h28min.

²²¹ CLT, art. 492. “O empregado que contatar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.”

²²² BRASIL, Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9601.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h30min.

²²³ Sobre o tema, consultar RAMOS, Alexandre Luiz. *Contrato temporário de trabalho. Combate ao desemprego ou redução do custo da força de trabalho?* São Paulo: LTr, 1999.



que, por negociação coletiva, se institua uma outra modalidade de contrato de trabalho por prazo determinado, além das condições de validade previstas no art. 443, § 2º, da CLT, ou seja, independentemente de serviço de natureza transitória, atividade empresarial de caráter transitório ou contrato de experiência. Assim, a tutela ao contrato de trabalho foi flexibilizada, pois a hipótese de contratação por prazo determinado restou ampliada, em flagrante ofensa ao princípio da continuidade da relação de emprego, pelo qual se procura dar ao contrato a maior duração possível, sendo a contratação a prazo excepcional.

Na mesma Lei, instituiu-se o sistema de prorrogação de jornada com compensação em período de até 120 dias, sistema conhecido como “banco de horas”. Pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001²²⁴, o período de compensação passou a ser de um ano. Assim, apesar de a jornada de trabalho diária não poder ser superior a dez horas, o excesso de jornada é contabilizada num “banco” para ser compensada futuramente, conforme o interesse da atividade econômica. Sem dúvida, trata-se de um modelo mais flexível de gestão da jornada de trabalho.

Também pela Medida Provisória n. 2.164-41/01, foi introduzido na CLT o art. 58-A, que trata do contrato de trabalho a tempo parcial. Por essa modalidade de contrato, cuja jornada semanal não pode exceder a 25 horas, o empregado perceberá salário proporcional a sua jornada em relação ao salário pago aos empregados que cumprem jornada integral. Mesmo os atuais empregados podem optar pelo contrato a tempo parcial, neste caso na forma prevista em instrumento decorrente de negociação

²²⁴ BRASIL. Medida Provisória n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis n^{os} 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2164-41.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h35min.



coletiva. O empregado, nessa modalidade de contrato, terá direito a férias proporcionais a sua jornada semanal, até o limite de 18 dias. Assim, notadamente o contrato de trabalho a tempo parcial é mais uma forma de flexibilização da tutela à relação de emprego.

Com isso, percebe-se que, na última década, os três principais pilares de sustentação das normas de proteção ao trabalho – proteção ao contrato, proteção ao salário e proteção à jornada – foram flexibilizados. Assim, com razão Jacques Génereux diz: “No período de transição entre o mundo anterior, baseado no trabalho, e o mundo emergente, sem trabalho, a ameaça do desemprego permite explorar sempre mais duramente a mão-de-obra ainda útil, de sorte que a produção de riquezas só beneficia os detentores de capital”.²²⁵

3.2 POLÍTICAS NEOLIBERAIS

3.2.1 *Os fundamentos do neoliberalismo*

O *Welfare State* teve sua época de ouro de 1947 a 1973, conforme avaliação de Eric Hobsbawm.²²⁶ Foi sua *belle époque*, como menciona Katie Argüello.²²⁷ Teve como objetivo servir de amortecedor da luta de classes, sistema no qual o Estado²²⁸ seria o mediador entre capital e trabalho. Assim, o Estado passou a

²²⁵ GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político: o horror não é econômico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 32.

²²⁶ HOBBSAWM, Eric J. *A era dos extremos - O breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 18.

²²⁷ ARGÜELLO, Katie. Dilemas do Welfare State e ordem periférica. *Revista Álter Ágora*. Florianópolis: CCJ/UFSC, nov. 1994, p. 40.

²²⁸ Sobre o conceito de Estado, ver CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 7.ed. Campinas: Papyrus, 1988; CARNOY, Martin; LEVIN, Henry M. *Escola e Trabalho no Estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1987; OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984; OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1995; FARIAS, Flávio Bezzera de. *O Estado capitalista contemporâneo. Para a crítica das visões regulacionistas*. São Paulo: Cortez, 2000; POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1977 e GUARESCHI, Pedrinho. *Sociologia da prática social*. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.



tributar o capital, gerando um “capital social”, destinado a fazer investimentos sociais, cujo objetivo era implementar condições para viabilizar o aumento da lucratividade.²²⁹ Além disso, o Estado passou a suportar os custos decorrentes da manutenção e reprodução da força de trabalho, com investimentos em saúde, educação, transporte, lazer, etc.²³⁰

Uma das funções desse modelo de controle social foi a institucionalização dos conflitos, pela criação de aparatos estatais destinados a resolvê-los – Justiça do Trabalho. Além disso, houve a necessidade de se regulamentar a atividade sindical, a fim de que, mediante as concessões de direitos trabalhistas e aumentos salariais por parte do capital, os trabalhadores retirassem de suas pautas as doutrinas socialistas²³¹.

Contudo, mesmo antes da era de ouro do Estado de bem-estar, já nascia a doutrina neoliberal como crítica contundente a tais práticas. Em 1944, Hayek escreve o livro *O caminho da servidão*, no qual faz um ataque apaixonado contra qualquer mecanismo de limitação das regras de mercado pelo Estado. No mesmo ano em que as bases do Estado de bem-estar estavam sendo executadas na Europa (1947), Hayek convoca pensadores que compartilhavam de sua idéia para uma reunião na Suíça, em Mont Pèlerin. Entre eles, estavam inimigos do *New Deal* norte-americano, deflagrado pelo Presidente Roosevelt, após a grande depressão de 1930, operada pela quebra da bolsa de 1929.

²²⁹ Os investimentos sociais se deram precipuamente na área de infra-estrutura, ou seja, na construção de estradas, subsídio para parques industriais, construção de hidroelétricas, portos, etc. Com isso, o capital se viu desobrigado a fazer tais investimentos, que passaram a ser obrigação do Estado.

²³⁰ Desse aspecto decorrem várias vantagens ao capital. Ele passa a não precisar cuidar da força de trabalho, pois isso é função do Estado. Desonera-se dos gastos com assistência patronal, que passa a ser estatal. Também o Estado, para atender a tais demandas, passa a ser um grande consumidor da produção gerada pelo capital, decorrendo daí mais um benefício para o aumento da acumulação capitalista.



A doutrina neoliberal, gerada a partir das idéias de Hayek pela que ficou conhecida como “Sociedade de Mont Pèlerin”, apontava que a crise advinha do “poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”.²³²

Com a crise ocorrida em 1973, advinda da questão do petróleo – decorrente do aumento de seu preço pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e do embargo à sua exportação para o ocidente²³³ – e da questão da inflação acumulada pelo Estado – decorrente dos investimentos estatais no atendimento das reivindicações dos operários –, surge o momento ideal para o desenvolvimento da ideologia neoliberal, que efetivamente passa a ser implementada na Inglaterra, em 1979, com a eleição do governo Thatcher e, em 1980, com a eleição de Reagan para a presidência dos EUA.

A partir de então, uma verdadeira febre reformista se instalou em todos os países do mundo. O primeiro país a executar o ideário neoliberal foi o Chile, sob a ditadura de Pinochet, que adotou programas de desregulamentação, desemprego

²³¹ Sobre como as estruturas do Estado e do Direito moderno podem servir de entraves aos movimentos sociais, ver MONREAL, Eduardo Nova. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

²³² ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 10.

²³³ A OPEP é criada em 1960, contemplando 11 nações associadas (Irã, Iraque, Kuwait, Catar, Arábia Saudita, Emirados Árabes, Argélia, Indonésia, Líbia, Nigéria e Venezuela). Em 1973, a organização embarga o fornecimento do produto ao Ocidente, em represália à ocupação do território egípcio e sírio na contra-ofensiva israelense durante a Guerra de Yom Kipur (Dia do Perdão). Em seguida, decide quadruplicar os preços (elevando o preço do barril de US\$ 2,90 para US\$ 11,65 em apenas três meses). Os aumentos permanecem constantes até 1980.



massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos e privatização de bens públicos.²³⁴

O neoliberalismo é um conjunto de idéias que procuram viabilizar políticas de Estado com o seguinte objetivo: aumento da taxa de lucratividade do capital, com a derrota do movimento sindical; crescimento da taxa de desemprego; e aumento do grau de desigualdade. A deflação deveria ser a condição de recuperação do lucro. Para que ela ocorresse, foi, e continua sendo, preciso desmontar a capacidade reivindicatória dos sindicatos, pois suas pressões por melhores salários prejudicavam e comprometiam a lucratividade, seja pela necessidade de atendimento, ainda que parcial, das reivindicações, seja pelos prejuízos decorrentes dos períodos de greve.

Nesse sentido, o aumento da taxa de desemprego foi outra estratégia importante do neoliberalismo, pois, com isso, restou restabelecido o velho mercado da força de trabalho – em contraposição com o novo, baseado no pleno emprego –, mantendo os parâmetros salariais em patamares aviltantes. Disso tudo decorre o agravamento das desigualdades, o que, para o neoliberalismo, é fator positivo, pois renova a vitalidade da concorrência, que, segundo seus defensores, seria fundamental para o desenvolvimento. O retorno da taxa natural de desemprego foi necessário para quebrar os sindicatos.

Para Perry Anderson, “Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado”. De fato, os números financeiros têm revelado que os países que adotaram fielmente suas doutrinas não tiveram os resultados esperados. Isso porque o custo social decorrente do desemprego é bem maior do que as vantagens decorrentes da desregulamentação financeira e trabalhista. Na verdade, com uma política distributiva ao inverso – para o

²³⁴ ANDERSON, 1995, p. 19.



rico –, o abismo social se agrava, ficando para o Estado a obrigação de manter a revolta social num nível tolerável.²³⁵

Em outras áreas, o neoliberalismo tem tido êxito (considerando suas perspectivas): na área social conseguiu criar estruturas marcadamente desiguais. Política e ideologicamente também, pois parece consensual a idéia de que o ideário neoliberal é a poção mágica para todos os problemas de um país. A questão que fica em aberto é a seguinte: se economicamente o neoliberalismo fracassou, qual a razão de se continuar a implementar suas doutrinas, uma vez que seu objetivo é, precipuamente, de natureza econômica? Assim, a acumulação flexível gerada nesse contexto não tem dado resultados satisfatórios gerais nos desempenhos dos índices de desenvolvimento econômico.

A acumulação flexível, que decorre do mercado flexível – o que impõe flexibilização do processo de produção e dos fatores de produção –, para se instalar, deve ter condições apropriadas para tanto, entre as quais a inexistência do modelo rígido criado pelo Estado de bem-estar. Para isso, são aplicadas as políticas neoliberais. Assim, o neoliberalismo, como um “remédio”, somente é aplicado onde for necessário, ou seja, nos países em que o mercado e a produção flexíveis irão se instalar. Isso explica o porquê da adoção do neoliberalismo no Brasil, e não no Japão e nos demais países constituintes dos Tigres Asiáticos. É que aqui o Estado ainda apresenta forte caráter intervencionista, herança do modelo fascista implementado por Getúlio Vargas.

No Japão e vizinhança, ao contrário, o Estado não era, nem é, intervencionista no tocante ao sistema de produção, o que possibilitou o surgimento do

²³⁵ Solução interessante parece ter encontrado a França. Pelo que se tem notícia, ainda não documentalmente confirmada, o governo francês editou uma lei concedendo incentivo fiscal para as empresas que não despedissem empregados e maior incentivo para aquelas



modelo toyotista há mais de duas décadas. Em suma, as políticas neoliberais preparam o terreno para a implantação de novos modelos de produção, sendo aplicadas somente onde há necessidade.

Seria correto sustentar que o neoliberalismo é um retorno ao liberalismo? Em seus efeitos práticos, o neoliberalismo conduz à barbárie, com o retorno de formas arcaicas de trabalho: trabalho infantil, trabalho feminino, trabalho escravo, trabalho excessivo, trabalho desprotegido, trabalho penoso, entre outras formas. Contudo, no plano teórico, o neoliberalismo é mais perverso do que o liberalismo clássico, pois este, entendido em seu contexto histórico, tinha algo de revolucionário. Adam Smith, o maior representante do liberalismo clássico, foi um filósofo e via no mercado uma instância para conduzir à igualdade. O liberalismo econômico era um instrumento de oposição ao Estado absolutista. O neoliberalismo, por sua vez, abandona totalmente a idéia ética de igualdade, pregando o neodarwinismo social.²³⁶ Nesse aspecto, ocorre a morte da economia como ciência social, passando a ser considerada como mero instrumento do capital especulativo e globalizado.

Por fim, como aduz Aldacy Coutinho, “O neoliberalismo, consciente da impossibilidade de uma ordem natural de regulamentação do mercado, pela concorrência, mantém o Estado somente na função de garantia do funcionamento da ordem econômica, ou seja, mantém uma ordem jurídica econômica”.²³⁷

que aumentassem seus quadros. Mesmo com o incentivo fiscal, o Estado teria vantagens, pois o custo social do desempregado é alto.

²³⁶ O darwinismo social teve como precursor o pensador positivista inglês Herbert Spencer (1820-1903). Spencer desenvolveu a tese de que toda realidade, inclusive a social, evoluiria à semelhança dos organismos vivos. No plano político-social, o sistema spenceriano desdobra-se na tese de que são naturalmente superiores os indivíduos que se adaptam ao ambiente e dele tiram proveito. A sobrevivência da espécie humana só estaria assegurada se os benefícios sociais fossem distribuídos segundo a capacidade de cada indivíduo em se auto-sustentar. Os que não se adaptassem seriam eliminados. Segundo essa visão, Spencer condenava qualquer forma de intervenção estatal nos mecanismos de mercado, considerava absolutamente desnecessários os gastos com previdência social e obras de utilidade pública (SANDRONI, 1987, p. 297-298).



3.2.2 A decadência da política

A organização da sociedade moderna se dá pela dimensão política, assim entendida como “tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social [...]”²³⁸, abrangendo também as formas de governo. Em suma, é a política o principal aspecto da regência da vida em sociedade e das relações jurídicas, e de todas as outras atividades relacionadas ao Estado. Sendo o neoliberalismo uma doutrina que atinge diretamente os desígnios do Estado, é importante destacar até que medida a política pode fazer frente aos propósitos do neoliberalismo; ou se somente tem efeitos na esfera econômica.

Viviane Forrester, em 1996, lança uma obra intitulada “L’horreur économique”,²³⁹ sustentando as mazelas do mundo do trabalho a partir da nova ordem econômica mundial. No ano seguinte, Jacques Généreux publica uma resposta com o título “Une raison d’espérer”,²⁴⁰ identificando que, apesar da ordem econômica ser uma variante do processo de precarização do trabalho, o fator determinante são as opções políticas adotadas a partir dessa realidade. Contudo, responsabilizar os capitalistas retira do foco de discussão as opções políticas e dá a impressão de um determinismo contra o qual não se pode agir. Généreux aduz que:

Os patrões e os especuladores têm, com certeza, todos os traços do culpado ideal. São eles, é óbvio, os que mais aproveitam com o crime. Suas reiteradas exigências em matéria de liberalização da economia podem ser usadas como confissão. E ninguém no mundo vai lhes tomar a defesa. Trata-se, portanto, de causa já decidida: sejam condenados os odiosos capitalistas!²⁴¹

²³⁷ COUTINHO, 1999, p. 202.

²³⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997, v. I, p. 954.

²³⁹ Obra editada no Brasil com a seguinte referência: FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997.

²⁴⁰ GÉNÉREUX, 1999.

²⁴¹ GÉNÉREUX, 1999, p. 34.



Mas essa concepção, como dito, retira da sociedade opções que não sejam a de mudar por revolução a ordem econômica. Não é essa a proposta do presente trabalho, que não busca a defesa da dignidade do trabalho por revolução, mas sim por tutela jurídica, implementada dentro do sistema constitucional vigente.

Généreux diagnostica que:

O poder político ainda finge lutar pelo trabalho, combatendo o desemprego. Mas tudo não passa de um mascaramento, de uma gigantesca mentira, com o propósito de desviar a atenção do verdadeiro problema: a ausência de trabalho. É essencial alimentar a ilusão de empregos futuros para manter os indivíduos em situação de espera, de dependência e de humilhação, pois isso permite que lhes sejam exigidos qualquer sacrifício, qualquer aceitação.²⁴²

Sendo a dimensão política a responsável pela precarização do trabalho e decorrente ofensa à dignidade do trabalhador, disso decorre a possibilidade da ação política para enfrentamento da realidade posta; não somente a ação político-partidária, mas a política entendida como o conjunto de objetivos que orientam a execução das atividades do Estado, e não só do governo ou do Poder Legislativo. Assim, pode-se conceber a ação da dimensão jurídica na busca de uma realidade menos ruínosa.

Com isso, o intérprete, principalmente o juiz que tem a incumbência de prestar a jurisdição, pode atuar não somente como um aplicador do direito estatal, mas como um agente da vontade constitucional, especificamente no que tange aos fundamentos da República Federativa do Brasil – que abrange não só os Poderes Executivo e Legislativo, mas também o Poder Judiciário –, quais sejam: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. Se é fundamento da República a dignidade da pessoa humana, isso significa que todos os atos de Estado, e não só de governo, devem estar voltados para a efetivação desse valor constitucional.



Dessa forma, insta concluir que não é a dimensão econômica que fará determinar o modo pelo qual a sociedade enfrentará os problemas da precarização do trabalho e, por conseguinte, da ofensa e/ou da não-efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, mas a política, uma força que pode fazer frente aos desígnios do mercado. Contudo, daí surge uma outra questão, a decadência da política e das soberanias nacionais.

Fazendo uma análise da evolução do capitalismo, percebe-se a queda do valor político e das soberanias nacionais como fase de um processo. Num primeiro momento, o mercantilismo gera as bases da lógica capitalista, forma a classe burguesa e permite certa concentração de riqueza. O modelo feudalista torna-se um entrave ao desenvolvimento da lógica capitalista, passando-se a fase do absolutismo, com a concentração do poder no monarca e o enfraquecimento do poder feudal. Com o poder concentrado, opera-se a revolução burguesa, instituindo-se a república, a democracia e a produção industrial.

Nessa fase, foi preciso fortalecer o Estado como forma de obstar o retorno dos modelos do regime anterior. Também, foi o Estado responsável por garantir as práticas liberais através da legislação, ou mesmo pela falta dela. Com a consolidação do capitalismo e sua incessante “vontade” de expandir-se, o Estado-nação parece ser uma camisa de força ao capitalismo, que, por isso, trata de enfraquecê-lo perante as forças do mercado. Ou seja, apesar de ser o político, isto é, o Estado, a única força capaz de conter a lógica do mercado, é ele que está gradativamente corroendo a força estatal. E sem ela, os imperativos do mercado prevalecerão em prejuízo ao bem comum e aos ideais constitutivos da sociedade moderna.

Desse dilema não decorre tão-somente uma reflexão filosófica, mas sim ações que determinam a vida de milhares de trabalhadores e a eficácia do princípio da

²⁴² GÉNÉREUX, 1999, p. 33.



dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho, ou seja, a dignidade do trabalhador. Génèreux arremata:

Não haverá saída para a miséria do mundo sem economia de mercado, sem a globalização dessa economia, sem o fortalecimento da União Européia,²⁴³ sem mercados financeiros eficientes, nem mesmo sem especuladores que assumam os riscos que outros não querem assumir. Mas haverá ainda menos saída se a lógica do interesse e do lucro privado não for submetida à lógica da solidariedade, da justiça e da dignidade humana.²⁴⁴

O Estado foi a referência de ator das relações internacionais. Como observa Giovanni Olsson,

Essa importância decorreu fundamentalmente de sua adoção uniforme como modelo de organização político-jurídica da sociedade humana moderna. A sua constituição em base nacional, sob a tríade povo-território-governo, é o modelo para o padrão de modernidade política da civilização contemporânea, o qual se tem aperfeiçoado e reproduzido desde então.²⁴⁵

A importância do Estado como ator das relações internacionais está diretamente vinculada ao papel do Estado como sujeito de direito nessas mesmas relações. Contudo, como já destacado, nessa nova fase de consolidação/expansão do capitalismo, o Estado perde força para que outros atores passem a assumir o papel de regulação internacional, com forte influência nos modelos de regulação nacionais. Isso se dá porque a competição empresarial se opera no plano internacional (globalizado), de forma que os padrões internacionais são assimilados internamente como padrões de

²⁴³ Bem como de todos os blocos econômicos regionais, como a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), a Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), o Mercado Comum e Comunidade do Caribe (CARICOM), a Comunidade dos Estados Independentes (CEI), a Comunidade Andina de Nações, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) e a African Union (UA), entre outros blocos.

²⁴⁴ GÉNÈREUX, 1999, p. 46.



produção e comercialização. Assim, decorrendo da globalização econômica – como expansão da atividade econômica no plano internacional, na busca de novos mercados produtores e consumidores para além dos limites territoriais do Estado –, as empresas transnacionais assumem um espaço importante na definição das políticas internas. Com isso, perde-se a referência ética que, pelo menos em tese, norteia as ações do Estado, vigorando uma nova ordem fundamentada na lógica do capitalismo, buscando a acumulação de capital sem qualquer referência ética.

3.3 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

3.3.1 Surgimento e evolução

“A necessidade de um mercado constantemente em expansão impele a burguesia a invadir todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte. Por meio da exploração do mercado mundial, a burguesia deu um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países”,²⁴⁶ escreveram Marx e Engels. Pela atualidade da passagem transcrita, poder-se-ia facilmente identificá-la com a de algum pensador atual, mas ela integra o Manifesto do Partido Comunista, de 1848. Isso revela que o capitalismo é global desde sua gênese, não constituindo a globalização de mercado um fenômeno integralmente novo. Quando a burguesia combateu o poder central dos senhores feudais, tinha como meta a queda dos limites territoriais impostos pelo feudo. Agora, são dos limites dos Estados que o capitalismo quer se livrar.

O capitalismo tem a capacidade de reproduzir-se a partir de suas próprias crises. De fato, ele não precisa dizer muita coisa, basta refugiar-se no mercado. Certa feita disse um milionário de Nova Iorque ao historiador Eric Hobsbawm, dias após a

²⁴⁵ OLSSON, Giovanni. Relações internacionais e seus atores na era da globalização. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155.

²⁴⁶ MARX; ENGELS, 1998, p. 87.



queda da bolsa: “cedo ou tarde o mercado encontra de novo um nível apropriado, desde que, nesse meio tempo, a gente evite a revolução”.²⁴⁷

A globalização, ou mundialização econômica, ou mesmo internacionalização do capital, reflete a saída mercadológica encontrada pelo capital para superar a crise advinda no início da década de 1970, após o esgotamento do modelo de produção massiva pregado pelo fordismo e pelo Estado keynesiano. A rigidez das regras jurídicas e da produção, com o Estado apontando e terraplenando o caminho a ser percorrido pelo mercado, esgotou suas tarefas na manutenção da racionalidade capitalista. Além disso, a contrapartida pela “pacificação” da luta de classes – as concessões feitas aos trabalhadores – corroeu as bases de acumulação.

Durante esse século XX, a sociedade passou por um profundo e sutil processo de dissimulação da luta de classes, gerando uma fragmentação social sem precedentes na história da humanidade. Como observa Eric Hobsbawm,

A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem.²⁴⁸

Com esse processo de dissimulação acabado, e em face da crise da acumulação, leciona Maria Odete Santos:

A partir da Segunda Guerra o desenvolvimento do capitalismo assume a configuração de um sistema universal maduro. Forte centralização do capital, Estados nacionais assistencialistas com grande capacidade de intervenção econômico-financeira e estruturas sindicais burocratizadas são partes do arranjo que

²⁴⁷ HOBBSAWM, Eric. *Estratégias para uma esquerda racional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 181.

²⁴⁸ HOBBSAWM, 1995, p. 13.



permitiu a base hegemônica para a constituição do trabalho abstrato ao nível mundial.²⁴⁹

Assim, como saída para a crise, o mercado encontrou seu curso para além das fronteiras dos Estados-nação, fazendo surgir o capital volátil e as empresas sem pátria – as transnacionais, sendo correta a observação feita pelo subcomandante Marcos, líder do Exército Zapatista de Libertação Nacional: “E eles disseram ‘globalização’, e soubemos que era assim que chamavam a essa ordem absurda em que o dinheiro é a única pátria à qual se serve e as fronteiras se diluem, não pela fraternidade, mas pelo sangramento que engorda poderosas empresas sem nacionalidade”.²⁵⁰ Oportuno lembrar que a globalização econômica não está globalizando as riquezas produzidas pelo capitalismo; pelo contrário, tem evidente natureza centralizadora.

Para melhor entender o fenômeno, cabe estabelecer alguns contornos conceituais sobre a globalização. O vocábulo definidor do fenômeno compete com outros dois termos, “mundialização” e “internacionalização”. O termo “globalização” é o preferido pelos americanos e seus países de influência, enquanto o termo “mundialização” é preferido pelos franceses. Internacionalização tem sido entendido como os fluxos de vários fatores entre dois ou mais Estados. Sua etimologia já revela que advém da raiz “nação”. Assim, “internacionalizar” traz o prefixo “inter”, que significa reciprocidade. Internacionalizar é a condição de reciprocidade de nações, o que não pode refletir a extensão dos acontecimentos gerados pelo processo de extrapolação do capital dos limites do Estado-nação. Daí poder-se falar em internacionalização do capital.²⁵¹ Nesse sentido, a internacionalização pode ser entendida como uma fase preliminar da globalização ou mundialização, sem contemplar outros aspectos que tão-somente o capital. A internacionalização do capital é restrita ao aspecto econômico, não

²⁴⁹ SANTOS, Maria Odete. O globo se alarga, se estreita e se afasta: a comunidade imaginária mundial... *Revista Plural*, Florianópolis: APUSFC, ano 5, n. 8, jul./dez. 1996, p. 4.

²⁵⁰ SANTOS, 1996, p. 6.

²⁵¹ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.



envolvendo a ideologia e a cultura, por exemplo. Giovanni Olsson, após revelar as origens históricas do termo “globalização”, aduz que este vem sendo preferido pelo maior grau de indeterminação semântica da palavra. Isso seria proposital, pois, quanto maior a falta de clareza do termo, menor a capacidade do imaginário coletivo de conceber alternativas reguladoras do fenômeno.²⁵²

É surpreendente ver a história da evolução do ser humano e seu reflexo na conquista do planeta. O ser humano, na sua versão mais primitiva, já era um ser inquieto, que olhava para além do horizonte e, curioso, para lá queria ir. Assim ainda é. A inquietude do ser humano o faz querer estar aqui e lá ao mesmo tempo. Desenvolveu equipamentos para deslocar-se mais rapidamente, começando por utilizar animais, depois carroças, bicicletas, automóveis, aviões, foguetes, etc. Não é por menos que a indústria automobilística é a que dá o modelo de organização produtiva (fordismo e toyotismo). Com a revolução tecnológica pode-se ir a outro lugar sem sair de onde se está: uma viagem virtual. Com o ser humano vão suas criações, suas idéias, suas realizações. No começo das civilizações, uma organização rudimentar; depois, as primeiras cidades. Daí as cidades-nação, as nações, os Estados-nação. E, por fim, o globo.

A humanidade está em processo de “globalização” desde o início dos tempos. Seria uma decorrência histórica inevitável? Estaria o ser humano predestinado a superar as diferenças raciais e geográficas, e a viver como uma unidade em todo o globo? Se a globalização algum dia pode levar a isso, não se sabe, mas atualmente ela se presta para reafirmar a lógica capitalista, permitindo a produção em regiões com menor tutela estatal ambiental, trabalhista, tributária e urbana. Assim, a globalização não se apresenta somente como a busca de novos mercados consumidores, mas também de novos mercados produtores, mais próximos dos insumos necessários à produção.

²⁵² OLSSON, 2003, p. 108.



O processo da globalização tem início após a Segunda Grande Guerra, com o colapso do bloco socialista e o fim da Guerra Fria. De fato, num primeiro momento, os Estados Unidos, vencedores, ficam com os bônus de reconstrução da Europa e do Japão, levando sua moeda como referência internacional. Mas a polarização do globo em bloco capitalista e bloco socialista impedia uma idéia de integração econômica global, com trocas culturais, sociais e ideológicas. O novo cenário permitiu a consolidação da globalização, sendo hoje um fenômeno irreversível. Ideologicamente, a idéia de globalização vem com o verniz de um sentido positivo. Dorothee Susanne Rüdiger bem expõe os reflexos dessa ideologia:

Se pensamos em globalização, vem em nossa mente uma imagem sentida como libertadora: a queda do 'Muro de Berlim'. É o fim das fronteiras, da guerra fria e da barreira entre os povos percebida como desumana, retrógrada e excludente. Da globalização, do mundo sem fronteiras temos, portanto, um primeiro lugar a imagem do benefício que ela traria para o globo terrestre como um todo, levando a cabo os postulados da liberdade e da igualdade não somente dos indivíduos, como também entre as noções e grupos de indivíduos. [...] Mais ainda: a queda de fronteiras evoca a utopia de uma sociedade global próspera, culta e pacífica.²⁵³

Contudo, essa noção não passa de uma falsa ilusão, diante das evidências concretas de que a globalização econômica tem gerado aos povos e aos indivíduos, apresentando-se mais como um instrumento de continuidade da hegemonia econômica dos países centrais em relação aos países de economia periférica, devido, sobretudo pelo potencial tecnológico daqueles países.²⁵⁴ Como destaca Dinaura Godinho Pimentel Gomes,

com o processo de globalização, o que mais se percebe é a tendência de ser colocado o conceito da Democracia como

²⁵³ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização econômica, descentralização produtiva e direitos fundamentais dos trabalhadores, p. 17. In: RÜDIGER, Dorothee Susanne (coord.). *Tendências do Direito do Trabalho para o século XXI – Globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo*. São Paulo: LTr, 1999. p. 17-32.

²⁵⁴ RÜDIGER, 1999. p. 17-32.



fundamento da economia de mercado, em detrimento da soberania popular. Busca-se afastar os ditames da justiça social, como fim da ordem econômica. É por isso que, em face dessa internacionalização do sistema produtivo e de serviços, exsurge a necessidade de efetivar o princípio da dignidade, como atributo exclusivo do ser humano, para se obter, de forma mais concreta, imediata e progressiva, soluções de problemas mais prementes, ligados a sua própria sobrevivência no planeta.²⁵⁵

Assim, a globalização tem operado como fonte material a pressionar a flexibilização e a nova regulamentação da relação de emprego e do Direito do Trabalho, caso em que o princípio da dignidade da pessoa humana deve funcionar como o protetor normativo de caráter constitucional diante dessa pressão.

3.3.2 A minoração da força de trabalho

Vivemos em um mundo onde o trabalho está desaparecendo. A evolução tecnológica provoca, não apenas uma crise de emprego passageira, mas uma mudança da civilização para um mundo onde só uma minoria de indivíduos continuaria a ser realmente útil à produção e, portanto, útil a uma sociedade baseada na rentabilidade (Jacques Génèreux).²⁵⁶

O Direito é uma expressão da vida em sociedade, mantendo com ela uma relação dialética, sendo, ao mesmo tempo, causa e efeito do fenômeno social. Assim, as transformações que ocorrem na dimensão social interferem na seara jurídica na proporção da sua intensidade. É por isso que Dorothee Susanne Rüdiger aduz que “A globalização econômica traz sérias mudanças para o conteúdo e para as fontes do direito do trabalho.”²⁵⁷ De fato, se o Direito do Trabalho vigente é fruto dos acontecimentos do passado, os atuais fatos definem o perfil da manifestação jurídica do futuro.

²⁵⁵ GOMES, 2005, p. 63-64.

²⁵⁶ GÉNÉREUX, 1999, p. 31.

²⁵⁷ RÜDIGER, 1999. p. 17-32.



Não se pode negar que o discurso utilizado pelas políticas neoliberais, para a precarização da tutela à relação de emprego, tem como conteúdo o combate ao desemprego. Teixeira Filho aduz que uma das críticas refere-se à opção do governo “pelo combate ao desemprego mediante o sacrifício de certos direitos tradicionais dos trabalhadores, em vez de colocar em prática uma política de efetivo desenvolvimento econômico sustentável”. E prossegue propondo, com base na Ciência Econômica, que o combate ao desemprego somente poderia se dar, de maneira eficaz, “com o desenvolvimento da economia, com o incremento das atividades produtivas, com a redução das importações, etc.”.²⁵⁸ Não obstante a louvável preocupação do autor, as fórmulas do passado já não cabem no presente. Antes da revolução tecnológica (terceira revolução industrial) e do intensificado processo de automação, o mero desenvolvimento econômico era suficiente para gerar empregos. Bastava o Governo financiar o desenvolvimento econômico que o número de empregos crescia, pois a força de trabalho era a principal e mais barata força motriz. Hoje, entretanto, isso não basta.

Por conta da globalização econômica e da reestruturação produtiva, aparentemente irreversíveis (sem defender a idéia de fatalismo), não há como falar em fechamento da economia ao mercado internacional, mormente no caso do Brasil, país periférico e de economia dependente. Assim, para fazer frente aos produtos advindos de outros países e com preços reduzidos, a indústria nacional precisa “modernizar-se”; em outras palavras, automatizar-se. Então, se o Governo investir no desenvolvimento econômico, abrindo linhas de crédito, fará o desemprego aumentar, pois os empresários investirão, inexoravelmente, na automação. Achar que o fenômeno econômico pode resolver o desemprego padece de romantismo ou de uma visão liberal (ou neoliberal).

Somente um Estado forte, impondo limites à exploração, pode promover a Justiça Social e implementar políticas distributivas. Como coloca Jacques Génereux, “na realidade, o desemprego e a pobreza não são uma fatalidade tecnológica nem uma

²⁵⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Contrato temporário de trabalho: comentários à Lei



punição imposta pelas potências estrangeiras. São o resultado de leis votadas por nossos deputados, executadas por nossos governos. São a consequência de nossas opções políticas, de nossas opções coletivas”.²⁵⁹

O desemprego, apesar de ser um problema que tem assolado a maioria das nações do mundo, não é fenômeno novo nem estranho às relações de produção capitalista, pois exerce fundamental papel na atribuição do valor da força de trabalho. Em verdade, como reconhecem os economistas da escola clássica, cabendo destacar Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo e o próprio Karl Marx, a força de trabalho, como mercadoria especial, tem seu valor determinado pelo custo dos meios de subsistência e, também, pelas mesmas leis que regem o preço das demais mercadorias – oferta e procura. Assim, o sistema capitalista impõe uma taxa média de desemprego, decorrente do impacto tecnológico, das crises econômicas e da explosão demográfica,²⁶⁰ com a finalidade de manter o valor da força de trabalho em níveis vantajosos para os empresários.

Essa massa de desempregados forma o “exército industrial de reserva”, ou, como denomina Karl Marx, “população excedente relativa”, que, pela concorrência no mercado de trabalho para a obtenção de uma vaga, pressiona para baixo o patamar salarial. Como adverte Thomas Malthus,

n. 9.601/98. *Revista LTr*, v. 62, n. 2, fev. 1998, p. 151.

²⁵⁹ GÉNÉREUX, 1999, p. 49.

²⁶⁰ Juntamente com a Revolução Industrial, “se desenrolou uma revolução demográfica cuja mecânica não é ainda perfeitamente compreendida” (DEANE, Phyllis. *A revolução industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 32). Em verdade, pode-se vincular a taxa de crescimento demográfico à taxa de crescimento natural, pela diferença entre a taxa de natalidade e a de mortalidade, como também a fatores físicos e biológicos. Não se pode deixar de reconhecer que na época da Revolução Industrial houve um ciclo fantástico de invenções, com intenso desenvolvimento da medicina, o que permitiu a redução da taxa de mortalidade. Pode-se associar a isso tudo a densidade populacional urbana, ou seja, o êxodo rural e a concentração de trabalhadores nas cidades. A proximidade física e questões religiosas permitiram a procriação em larga escala. Enfim, sem aprofundar a questão, que poderia ser objeto de extensos estudos, a explosão demográfica bem serviu



Os salários são determinados pela oferta e procura de trabalho, comparativamente à oferta e procura do que é pago em troca do trabalho. O princípio da oferta e da procura é o regulador supremo dos preços do trabalho, assim como das mercadorias, e não apenas de forma temporária, mas de forma permanente; os custos da produção só afetam esses preços na medida em que são a condição necessária da oferta permanente de trabalho ou de mercadorias.²⁶¹

Por isso, pode-se concluir que o desemprego é elemento inerente ao processo de acumulação de capital, pois funciona como regulador da taxa salarial, ou seja, do valor da força de trabalho. Sendo ela fator de produção, seu custo interfere diretamente no custo da produção e, por conseguinte, na taxa de lucratividade. Não é por menos que o neoliberalismo tem como um dos pontos fundamentais, como sustenta Perry Anderson, “a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar o sindicato”.²⁶²

A afirmação, apesar de sua correção de conteúdo, peca pela redução. Não se trata, em princípio, de restaurar a taxa de desemprego, mas sim de seu aumento intensificado, pois os índices de desemprego em todos os países revelam um futuro assustador. Também, não há por parte do neoliberalismo a criação do exército de reserva, pois ele já existe desde a Revolução Industrial e do surgimento do modo de produção capitalista. Mas é certo que o desemprego tem como uma das funções subliminares o combate aos sindicatos.²⁶³ A atuação sindical, antes incentivada pelo modelo keynesiano, é, pelo neoliberalismo, combatida drasticamente, pois o caráter

aos interesses do sistema capitalista emergente, pois havia grande procura por força de trabalho humana e sua reprodução era fundamental para o capitalismo.

²⁶¹ MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 131.

²⁶² ANDERSON, 1995, p. 11.

²⁶³ Sobre os efeitos da acumulação flexível e da reestruturação produtiva no mundo sindical, vide MIQUELUZZI, Oswaldo. Do fordismo-taylorismo à acumulação flexível: ascensão do individualismo e queda das organizações sindicais. In: ARRUDA JUNIOR,



reivindicatório dos sindicatos é fator de corrosão da base de acumulação de capital. Além disso, o desemprego impõe, ainda na óptica neoliberal, um “novo igualitarismo”,²⁶⁴ pelo qual a desigualdade é um valor positivo e estimulador da concorrência e da competitividade dos trabalhadores, capaz de gerar a prosperidade da sociedade. Nesse ponto, o neoliberalismo reinventa o darwinismo social do final do século XIX, defendido por Herbert Spencer, com base na escola neoclássica, condenando a intervenção do Estado no mercado e noutras órbitas da vida social e econômica. Ao propiciar a “seleção natural”, há a exclusão dos menos capacitados em relação às exigências do mercado de trabalho.

Como bem destaca Bernardete Aued,

No limiar do século XXI, o panorama social aponta, por um lado, para um desemprego crescente e, por outro, para a intensificação e precarização das condições de trabalho. Ao contrário das expectativas do início do século XX, o Direito ao Trabalho encontra-se ameaçado e não é suficiente para humanizar as condições de vida do trabalhador. O trabalho neurotiza; embrutece; contraria algumas idéias, do início deste século, que prediziam o fim do trabalho fatigante. Novas formas de gestão e de controle coexistem com velhas questões, ressurgem muitas dúvidas, tais como: é

Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998, p. 257-283.

²⁶⁴ “A igualdade como ideal supremo, ou até mesmo último, de cada comunidade ordenada, justa e feliz, e, portanto, de um lado, como aspiração perene dos homens conviventes, e, de outro, como tema constante das teorias e ideologias políticas, está habitualmente acoplada ao ideal da liberdade, considerado, também ele, supremo e último. [...] É verdade que a igualdade tem por efeito uma limitação da liberdade tanto do rico como do pobre, mas com a seguinte diferença: o rico perde uma liberdade usufruída efetivamente, o pobre perde uma liberdade potencial. [...] Ao lado da díade igualdade-desigualdade, sobre a qual até agora me detive e da qual nascem doutrinas e movimentos igualitários e inigualitários, deve-se colocar outra díade não menos importante historicamente: liberdade-autoridade. Desta derivam doutrinas e movimentos libertários e autoritários. No que diz respeito à definição de esquerda e direita, a distinção entre as duas díades adquire particular relevância, pois um dos modos mais comuns de caracterizar a direita em relação à esquerda é contrapondo a direita libertária a esquerda igualitária. BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda*. São Paulo: Unesp, 1995. p. 111, 114 e 117.



possível a realização profissional do trabalho? É possível libertar os trabalhadores do trabalho penoso e repetitivo?²⁶⁵

E prossegue:

A rigor, o desemprego,²⁶⁶ na relação social capitalista, não é exatamente um problema, mas uma solução utilizada para superar as crises inerentes à lei da taxa decrescente, de lucros que o capital ciclicamente enfrenta. Historicamente, o capitalismo tem convivido com o desemprego. Em alguns momentos ele se apresenta mais intenso enquanto que noutros consegue ser minimizado, podendo ser entendido como o resultado das relações capitalistas de produção, às quais através de políticas impõem o aumento das taxas de mais-valia para a reprodução do capital.²⁶⁷

De fato, desde o surgimento das relações de produção capitalista, decorrentes da Revolução Industrial, a partir do trabalhador livre, a força de trabalho é considerada, no plano puramente econômico, como mercadoria. Pela sistemática do modo moderno de produção, que tende a reduzir todas as coisas a cifras, a força humana de trabalho é igualmente reduzida a mercadoria. A força de trabalho, como mercadoria, é idéia sustentada por Karl Marx e, antes dele, por Adam Smith e depois por David Ricardo. Esse último sustenta que “O trabalho, como todas as outras coisas que são compradas e vendidas e cuja quantidade pode ser aumentada ou diminuída, tem seu preço natural e seu preço de mercado”.²⁶⁸ Daí porque, em Economia Política, o

²⁶⁵ AUED, Bernardete Wrublevski. Profissões no passado: profissões no futuro. *Revista de Ciências Sociais*, Florianópolis, v. 15, n. 22, 2º sem. 1997, p. 11.

²⁶⁶ Interessante abordagem acerca do desemprego e da forma pela qual a sociedade “julga” os desempregados atuais é dada por FORRESTER, 1997, p. 11, quando aduz: “Um desempregado, hoje, não é mais objeto de uma marginalização provisória, ocasional, que atinge apenas alguns setores; agora, ele está às voltas com uma implosão geral, com um fenômeno comparável a tempestades, ciclones e tornados, que não visam ninguém em particular, mas aos quais ninguém pode resistir. Ele é objeto de uma lógica planetária que supõe a supressão daquilo que se chama trabalho; vale dizer, empregos. [...] Os desempregados, vítimas desse desaparecimento, são tratados e julgados pelos mesmos critérios usados no tempo em que empregos eram abundantes”.

²⁶⁷ AUED, 1997, p. 12.

²⁶⁸ RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 67.



salário é capital. É capital variável gerador de mais-valia, é o capital investido na atividade econômica, ao lado do capital constante, imobilizado em maquinaria, matéria-prima e outros fatores de produção que não a força de trabalho. Capital não é dinheiro, sendo este, contudo, representação uniforme de capital e de todas as coisas que podem integrar o mercado, inclusive da força de trabalho. Assim, como observa Leandro Konder,²⁶⁹ o assalariado é obrigado a negociar a única propriedade economicamente significativa que tem: sua força laborativa. Mas cabe repetir: a força de trabalho não pode ser desassociada da pessoa, por constituir manifestação de sua própria personalidade.

Em razão disso, poder-se-ia inclusive considerar a explosão demográfica, bem estudada pelo economista clássico Thomas Malthus, como fator de manutenção dos níveis salariais em patamares capazes de manter as taxas de lucratividade. Segundo sustenta Jorge Mattoso, analisando os efeitos da globalização econômica neoliberal,

Como corolário, ampliou-se um conjunto de inseguranças no mundo do trabalho dos países avançados, o que caracterizou uma verdadeira desordem do trabalho (Mattoso, 1995) desde o início da década de 80: *insegurança no trabalho*, visualizada no desemprego que cresce e permanece. Este desemprego, no entanto, é distinto do existente em fases anteriores, em suas formas (estrutural, de longa duração, afetando mais intensamente os trabalhadores mais jovens e mais velhos, os de menor instrução, inicialmente. Hoje o desemprego toca também os de elevada instrução). Este desemprego pode ser entendido como parte desta desordem do trabalho e, tal qual a ponta de um iceberg, é acompanhado de um conjunto de crescentes inseguranças, às vezes menos visíveis mas que se tornam crescentemente importantes.²⁷⁰

²⁶⁹ KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 110.

²⁷⁰ MATTOSO, Jorge. Globalização, neoliberalismo e flexibilização. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998, p. 41-42.



Em razão disso, pode-se concluir que o discurso governamental de combate ao desemprego é falacioso. A precarização da tutela da relação de emprego não tem a menor possibilidade de reduzir o desemprego, sendo fonte e instrumento de aumento de lucratividade, pela redução dos custos. Além disso, cria uma subclasse de trabalhadores, afastada da aristocracia operária.²⁷¹

Uma política séria de combate ao desemprego teria de passar, inevitavelmente, pela redução da jornada de trabalho. O rendimento garantido tem duas versões. A da direita, algo parecido com a “poor law”, que foi aplicada na Inglaterra no início do século XIX (1834) e que tem por objetivo amenizar o processo de pauperização da classe operária, sem romper com a lógica de acumulação e concentração de capital. E a versão da esquerda, que passa, como bem resume André Gorz, pela

diminuição da quantidade de trabalho de que a sociedade necessita; e sua finalidade é conferir a essa diminuição a forma de uma necessária liberação do trabalho. Em conseqüência, as economias de trabalho que as mutações tecnológicas tornam possíveis deverão ser distribuídas de tal forma que todos e todas possam trabalhar, mas trabalhar cada vez menos, sem perda do rendimento real.²⁷²

Para isso, seria necessário um Estado forte que tivesse a capacidade e a vontade política de impor limites à exploração econômica selvagem. E isso não se faria pela retração da intervenção estatal nas relações trabalhistas.

²⁷¹ “A expressão *aristocracia operária*, como observa Hobsbawm (1964), ‘parece ter sido usada desde meados do século XIX, pelo menos, para descrever certas camadas superiores da classe trabalhadora’. Marx e Engels, em uma de suas resenhas políticas publicadas na *Neue Rheinische Zeitung Politisch-ökonomische Revue* (outubro de 1850), observaram que o movimento artista se cindira em duas facções, uma revolucionária, à qual ‘pertence a massa dos trabalhadores que vivem em condições proletárias reais’, e outra reformista, que abrangia os membros da pequena burguesia e da aristocracia operária” (BOTTOMORE, 1997, p. 14-15).

²⁷² GORZ, André. Quem não tiver trabalho, também terá o que comer? *Estudos avançados*, v. 4, n. 10, set./dez. 1990, p. 211-228.



Como arremata Génèreux, “No período de transição entre o mundo anterior, baseado no trabalho, e o mundo emergente, sem trabalho, a ameaça do desemprego permite explorar sempre mais duramente a mão-de-obra ainda útil, de sorte que a produção de riquezas só beneficia os detentores do capital”.²⁷³

3.4 REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

Enormes mudanças na tecno-esfera e na info-esfera convergiram para alterar a maneira como produzimos bens. Estamos ultrapassando rapidamente a tradicional produção em massa e caminhando em direção a uma mistura sofisticada de produtos de massa e desmassificados. A meta final desse esforço está agora visível: bens inteiramente de acordo com o gosto do cliente, produzidos por processos de fluxo contínuo, integrados, cada vez mais sob controle direto do consumidor (Alvin Toffler).²⁷⁴

Sem pecar pelo reducionismo, pode-se afirmar que, pelo menos nos últimos duzentos anos, é o modo de acumulação de capital que induz o modo de regulamentação política e social. Isso porque a lógica de acumulação foi determinante para a instituição do Estado e do Direito modernos. Em outras palavras, o modo de acumulação determina o modo de regulamentação.

Em razão da crise capitalista do final do século XIX, a regulamentação até então praticamente inexistente – pois vigorava o perfil de Estado absenteísta e das constituições liberais –, é intensificada. Para salvar o capitalismo, o Estado altera seu modo de ser, passando ao modelo intervencionista e regulamentador, atuando diretamente na atividade econômica. Em certa medida, tal intervenção também decorreu da necessidade de o Estado capitalista dar respostas à opção socialista implantada na União Soviética, pela Revolução Russa, de 1917.

²⁷³ GÉNÉREUX, 1999, p. 32.

²⁷⁴ TOFFLER, Alvin *apud* KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 48.



Nesse período, o Estado apresenta-se como conciliador do conflito entre capital e trabalho, que naquele momento se mostrava com todas as suas cores. Com isso, resolve basicamente dois problemas. Primeiro, a pretexto de atender às reivindicações da classe trabalhadora, promovendo o bem-estar da população, afasta o movimento operário da natural tendência socialista. Segundo, também promovendo o bem-estar, fomenta o estabelecimento de infra-estrutura para o desenvolvimento econômico, ou seja, o Estado retira dos ombros dos capitalistas o pesado fardo da infra-estrutura, passando a criar as circunstâncias necessárias para a exploração de atividade econômica.

Surge, então, o período fordista-taylorista e o Estado keynesiano. Há uma preocupação antes não havida com os trabalhadores e com o movimento sindical. O capital faz concessões, transigindo em pontos cruciais da acumulação, tais como a jornada de trabalho e o salário. Isso, por certo, para a promoção do consumo em larga escala, capaz de absorver a produção massiva da empresa autárquica daquele período. Apesar de profundamente importante para a compreensão do tema, não se fará uma exposição pormenorizada de como a produção se operava naquele momento, mas tão-somente uma exposição destinada a evidenciar aspectos fundamentais para a configuração dos elementos essenciais da relação de emprego e sua tutela como instrumento de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷⁵

3.4.1 Taylorismo e fordismo

É difícil de acreditar que há menos de um século as indústrias utilizavam métodos aleatórios e improvisados para a produção de bens de consumo. No final do século XIX não havia uma clara distinção entre administração e trabalho, e as atividades eram realizadas pelas circunstâncias, conforme a demanda local, sem um planejamento

²⁷⁵ Sobre o assunto há vasta literatura, cabendo recomendar: HARVEY, 1992, p. 121-134; MORAES NETO, Benedito Rodrigues. *Marx, Taylor, Ford: as forças produtivas em discussão*. São Paulo: Brasiliense, 1989.



em médio e longo prazos. Mas o final da Guerra Civil e a expansão do oeste americano geraram um mercado consumidor sedento por bens de consumo. Era o ambiente propício para o desenvolvimento da administração científica. Como acentua Claude George Jr.,

Durante esse período, as grandes empresas acentuaram ainda mais a separação entre administração e trabalho e tornou-se evidente o crescimento da classe dos gerentes na indústria. Foi durante essa era que a administração começou mudando de um tipo de operação dia-a-dia, mais ou menos improvisado ao sabor das circunstâncias, para adotar uma abordagem mais abrangente, sistemática e a longo prazo.²⁷⁶

Bernardo Joffily evidencia a conjuntura na qual foram desenvolvidas as experiências de Taylor:

A base econômica forma-se com os trustes, grandes grupos industriais entrelaçados com bancos. No início do século, só o Rockefeller e o Morgan têm 341 empresas, com capital de 22 bilhões de dólares, 20% do patrimônio do país!

É quando dois americanos propõem uma mudança nas fábricas tão decisiva que fica conhecida pelos seus nomes: o taylorismo ou fordismo. F. W. Taylor defende em 1896 uma “organização científica” do trabalho fabril. Seu mais bem-sucedido seguidor é Henry Ford. Em 1913 sua empresa produz à moda da época: peritos em mecânica montam os carros quase artesanalmente. Mas Ford quer lançar o modelo “T”, acessível ao bolso de todos e experimenta uma versão radical e incrementada do taylorismo.

Ford, na linha de Taylor, parcela a produção. Cada operário executa uma parte mínima do trabalho, repetidas vezes. A meta é reduzir a “porosidade” — os lapsos em que o trabalhador não produz. Os operários devem apenas obedecer. A qualificação despenca. Mas a produtividade dispara.²⁷⁷

²⁷⁶ GEORGE JR., Claude S. *História do pensamento administrativo*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 132.



Foi nesse ambiente que surgiu Frederick Winslow Taylor (1856-1915), um engenheiro da Filadélfia que foi torneiro mecânico, com um novo conceito gerencial. Segundo ele, em vez de serem os capitães de indústria a gerir os operários da forma tradicional, sob o chicote, os administradores “teriam de desenvolver uma nova filosofia e abordagem de gestão empresarial. Teriam de mudar para uma perspectiva mais ampla e abrangente, a fim de que seus cargos incorporassem as funções de planejamento, organização e controle”.²⁷⁸

De seus vários experimentos, cujas conclusões receberam o nome de administração científica, Taylor estudou os movimentos das atividades fabris e o respectivo tempo, gerando o conceito do tempo-movimento. Depois disso, ele desenvolveu métodos uniformes de rotinas de trabalho. Destaca Claude George Jr. que, “Com esse objetivo em mente, ele passou a elaborar técnicas tais como os cartões de instrução, os cartões de ordem-de-serviço, as seqüências de encaminhamento, as especificações de materiais, os sistemas de controle de inventário e as normas de manipulação de materiais”.²⁷⁹ A partir desses métodos lhe foi possível estabelecer um fluxo de trabalho que aumentou a produtividade do trabalho. É dele também a idéia de que a produtividade não deveria decorrer da punição, mas sim pela premiação salarial, a partir da gestão de competências, ou seja, da colocação do trabalhador certo para cada função.

Como destacam Luzia Rago e Eduardo Moreira, “Taylor deseja descobrir um método ‘científico’ de direção de indústrias: como dirigir com o máximo de eficácia, obtendo o melhor rendimento. Seu objetivo portanto é o aumento da produtividade do trabalho evitando qualquer perda de tempo na produção”.²⁸⁰

²⁷⁷ JOFFILY, Bernardo. Uma revolução que desafia os sindicatos. *Revista de Fato da CUT*, n. 2, dez. 1993/jan. 1994, São Paulo, p. 16.

²⁷⁸ GEORGE JR., 1972, p. 133.

²⁷⁹ GEORGE JR., 1972, p. 134.

²⁸⁰ RAGO, Luzia Margareth; MOREIRA, Eduardo F. P. *O que é Taylorismo*. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 16.



O taylorismo se presta também para resolver um problema expressivo para o capital da época, qual seja, a dependência deste ao trabalho vivo. Os trabalhadores, pela forma com que o trabalho era prestado, sem distinção da administração com o trabalho, detinham o conhecimento da produção.²⁸¹ O capitalista normalmente não tinha o conhecimento da produção (*know-how*), mas possuía capital para investir. A persuasão dos trabalhadores era feita por punições num ambiente conflituoso e despótico. Com a administração científica de Taylor, o administrador passou a organizar a produção, aplicando a estratégia romana de dividir para dominar. A organização do trabalho passou a ser feita com a designação de trabalhadores especializados para cada função, sem conhecimento da totalidade do processo de produção.

Para isso, a proposição de Taylor parte da dissociação do processo de produção dos trabalhadores, separação entre concepção e trabalho e utilização do *know-how* para controlar o processo de trabalho. Com essas ferramentas gerenciais,

o taylorismo caracteriza-se como uma forma avançada de controle do capital (com o objetivo de elevar a produtividade do trabalho) sobre processos de trabalho nos quais o capital dependia da habilidade do trabalhador, seja em funções simples ou complexas. De que forma? *Através do controle de todos os tempos e movimentos do trabalhador, ou seja, do controle (necessariamente despótico) de todos os passos do trabalho vivo.*²⁸²

²⁸¹ “No século dezanove, a indústria do aço, bem como a indústria de ferro, da qual aquela brotou, possuíam um sistema de trabalho no qual os trabalhadores realizavam um contrato com as companhias de aço para produzir. Nesse sistema de trabalho, existiam dois tipos de trabalhadores – qualificados e não-qualificados. Os trabalhadores qualificados realizavam trabalhos que requeriam treinamento, experiência, destreza e raciocínio; os trabalhadores não-qualificados realizavam o trabalho manual pesado. Os trabalhadores qualificados eram oficiais da indústria altamente qualificados, que conseguiam elevado prestígio em suas comunidades. O aço era produzido por equipes de trabalhadores qualificados com ajudantes não-qualificados, que utilizavam equipamentos e matérias-primas da companhia” (STONE, K. The origins of job structures in the steel industry. In: EDWARDS, R.; REICH, M.; GORDON, D. (Org.). *Labor market segmentation*. Boston, D. C. Heath, 1975, p. 30), *apud* MORAES NETO, 1989, p. 31).



Como observa Benedito Moraes Neto, “o *fordismo*, enquanto processo de trabalho organizado a partir de uma *linha de montagem*, deve ser entendido como *desenvolvimento da proposta taylorista*”. E prossegue:

Em termos bastante rápidos, trata o fordismo de fixar o trabalhador num determinado posto de trabalho, com ferramentas especializadas para a execução dos diferentes tipos de trabalho, e transportar através da esteira o objeto de trabalho em suas diferentes etapas de acabamento, até sua conformação como mercadoria.²⁸³

Isso significa que a observação individualizada de Taylor sobre o processo de trabalho foi aprimorada por Henry Ford (1863-1947) numa concepção coletiva, com a introdução da esteira.

A partir dessas referências é interessante observar que a evolução da organização econômica está diretamente relacionada com o desenvolvimento organizacional do trabalho humano. O trabalho era dominado por quem o executava. Foi assim desde a origem da espécie humana, passando pelo sistema da escravidão e da servidão, sendo mantido no início da era capitalista. Concepção e execução eram fatores que andavam juntos. Eram as habilidades do trabalhador que determinavam a produção. Com o taylorismo e o fordismo, o capital deixou de ser refém do trabalho e passou a controlar o processo de trabalho, organizando-o, disciplinando-o, fiscalizando-o, abandonando o argumento da punição como principal fator de persuasão, mas mantendo-o como fator residual dessa nova estrutura de relação de emprego surgida no início do século XX.

Como já destacado quando da abordagem dos poderes do empregador, o poder punitivo é um resquício da era pré-fordista, quando a produtividade era alcançada pela coerção. Numa perspectiva moderna e contratualista, esse poder não pode continuar a ser aceito. Aldacy Coutinho aduz que: “Ante o princípio reitor do direito do

²⁸² MORAES NETO, 1989, p. 34.

²⁸³ MORAES NETO, 1989, p. 35.



trabalho que tutela o trabalhador, e, ainda, pela própria estrutura contratualista, não se pode aceitar o poder sancionador de aplicação de punições, voltado que está somente em função da proteção da atividade empresarial e em razão do direito de propriedade”.²⁸⁴

Não obstante isso, que sinaliza a não-sublimação pelo modelo fordista das estruturas despóticas da fase anterior de prestação do trabalho, a organização do trabalho e a dissolução entre concepção e execução é reinventada no toyotismo, que acirra ainda mais essa distinção, extinguindo os postos gerenciais intermediários da cadeia administrativa tradicional das empresas.

Além dessa concepção produtiva, o fordismo impõe uma estratégia econômica pela qual a empresa deve dedicar-se somente a um produto, adotando a verticalização empresarial, dominando todos os aspectos da atividade econômica, desde a exploração de matéria-prima até o transporte dos produtos industrializados. O fordismo ainda pregava a produção em massa, aí sim com emprego de métodos de trabalho especializado que pudessem gerar a maior produtividade possível, mantendo uma relação com os trabalhadores baseada numa boa remuneração e com jornada de trabalho não muito prolongada. Esse modelo de exploração da atividade econômica encontrava terreno propício para desenvolver-se, uma vez que o mercado consumidor estava em plena expansão, de forma que a produção era empurrada para o mercado, que tinha condições de absorver a produção massificada.

O declínio do fordismo tem início com a crise da década de 70, ou seja, pela crise do petróleo, que causa um colapso energético, e pela estagflação (estagnação produtiva pelo esgotamento do mercado consumidor e pela inflação decorrente da falta de arrecadação tributária pelo Estado para fazer frente aos compromissos sociais assumidos).

²⁸⁴ COUTINHO, 1999, p. 202.



3.4.2 Sistema produtivo e acumulação flexível

Para bem retratar a acumulação flexível e suas conseqüências no mundo do trabalho, parte-se de um episódio.²⁸⁵ A empresa transnacional Nike tem contrato de concessão de produção com uma empresa coreana para produção de tênis. A Nike, após explorar a mão-de-obra e a matéria-prima na própria Coréia, percebendo que o grau de exploração poderia ser intensificado no Vietnã, instalou neste país uma fábrica que emprega cerca de 25 mil operários, a maioria mulheres,²⁸⁶ e produz cerca de um milhão de calçados por mês. Há prestação do trabalho em jornada intensa, em seis dias na semana, e o salário é de US\$ 40 por mês, ou seja, cerca de US\$ 0,20 por hora. Tais condições de trabalho aviltantes seriam suficientes para causar revolta, sem considerar, o que é mais grave ainda, os casos de maus-tratos praticados aos empregados. Um deles é simplesmente enfadonho. Uma supervisora coreana, Madame Bawk, constatando que um lote de calçados havia sido produzido com erro na costura, alinhou 15 chefes de equipe e deu de três a quatro pancadas com o solado de um tênis na região do rosto e do pescoço das empregadas.

O caso foi denunciado à mídia e está sendo apreciado pela Justiça vietnamita. Inquirida, a Madame Bawk disse que aquilo não foi nada demais; um simples método de gerenciar recursos humanos. O mais surpreendente é que não se trata de um caso isolado. Em outro incidente, um grupo de empregados ficou 25 minutos ajoelhado e com os braços levantados como forma de punição. O Presidente da Nike era, em 1997, o sexto homem mais rico dos Estados Unidos e as ações da empresa duplicaram de preço em poucos anos.

Cabe perguntar: modernidade ou volta à barbárie?

²⁸⁵ Apresentado no programa jornalístico “48 Hours” da CBS, veiculado pelo Canal 22 - Superstation, no dia 15 de abril de 1997 (terça-feira) por volta das 22h40min.

²⁸⁶ Interessante constatação que se pode fazer atualmente no mercado de trabalho é a da “feminilização” do proletariado. Mais de 50% dos trabalhadores do mundo são mulheres.



Como assevera David Harvey, “o período de 1965 a 1973 tornou cada vez mais evidente a incapacidade do fordismo e do keynesianismo de conter as contradições inerentes ao capitalismo. Na superfície, essas dificuldades podem ser melhor apreendidas por uma palavra: rigidez”.²⁸⁷ Com a crise do petróleo,²⁸⁸ que abalou o custo energético da produção dos países centrais, e a estagnação,²⁸⁹ o mercado retraiu-se, não podendo mais suportar a produção rígida e em massa do fordismo. Assim, uma vez que o mercado não comportava níveis de produção fixos, houve problemas no investimento de capital constante e de capital variável vinculado à produção massiva e em longo prazo. Sempre que o capital tentava encontrar saídas para a crise de 1973, esbarrava na estrutura rígida keynesiana, que houvera sido criada para superar a crise precedente e dar respostas políticas ao perigo socialista que se instalara no Leste europeu, com a Revolução Russa, de 1917. O fortalecimento dos

Ao lado dos trabalhadores menores, as mulheres representam força de trabalho dócil, em razão das tradições sociais e culturais às quais foram e são submetidas.

²⁸⁷ HARVEY, 1992, p. 135.

²⁸⁸ “Situação decorrente dos sucessivos aumentos nos preços do petróleo decretados a partir de outubro de 1973 pelos Estados integrantes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Seu elemento detonador foi, incontestavelmente, o conflito árabe-israelense de 1973, mas seu alcance era muito mais amplo: a crise expressava o projeto dos países produtores de petróleo no sentido de controlar a produção e distribuição da matéria-prima e de defender seu preço no mercado internacional. [...] O preço do barril sobe então de 3,03 para 3,65 dólares. Em fins de 1973 o preço do petróleo não refinado proveniente do Golfo Pérsico era 400% superior ao cobrado no início do mesmo ano; até meados de 1975, os preços quase quintuplicaram. Os países da OPEP viram suas receitas aumentarem em 25 bilhões de dólares em 1973 e 80 bilhões de dólares em 1974. Nesse ano, o bloco dos países industrializados teve um déficit global de 11,5 bilhões e os países subdesenvolvidos, um déficit de 39,8 bilhões de dólares. [...] Além da redução do consumo, a crise do petróleo provocou uma variedade de outras respostas, incluindo a pesquisa de fontes energéticas alternativas. Nesse sentido, além de uma retomada das pesquisas levadas a cabo na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial em torno do petróleo sintético, obtido através do carvão natural, procurou-se aproveitar a energia solar e a nuclear e a biomassa. Esta última alternativa foi a escolhida pelo Brasil: o Proálcool, Programa Nacional do Alcool, lançado em 1975, é o maior projeto de utilização de biomassa desenvolvido em todo o mundo” (SANDRONI, 1987, p. 234).

²⁸⁹ “Conjuntura econômica em que a estagnação ou declínio do nível de produção e emprego se combinam com uma inflação acelerada. O fenômeno contraria a teoria clássica segundo a qual a inflação tende a declinar com o desemprego. O aumento dos preços é imposto, em geral, por setores monopolistas que, mesmo produzindo menos, procuram manter uma taxa média de lucro inalterada. Fenômeno típico do pós-guerra, a estagnação tem se acentuado em quase todas as economias capitalistas desenvolvidas depois da chamada crise do petróleo (1973 a 1979)”. (SANDRONI, 1987, p. 113).



sindicatos, que antes era essencial para o pacto conciliatório e para que os operários retirassem de suas lutas reivindicatórias a “pauta socialista”, pareceu ter criado um entrave material insuperável. As instituições estatais, que outrora garantiram a cooptação dos trabalhadores, pareciam estar, agora, resistindo ao capital, perdendo, com isso, sua função instrumental de permitir a expansão da acumulação deste.

A adoção do modo de acumulação flexível de capital decorre da necessidade do capitalista de superar a crise e manter ou alcançar a maior taxa de lucros, que é o elemento motriz de todo o sistema. Mas se o Estado não pode, por sua intervenção no domínio econômico, manter a estabilidade do sistema, o que fazer? A resposta parece se encaminhar para a redução dos custos dos fatores de produção, isto é, reduzir a aplicação do capital constante e do capital variável. A redução do capital constante não se deu nos investimentos de máquinas modernas, mas em relação à manutenção de estruturas vinculadas à produção em massa, como, por exemplo, o estoque. A eliminação do estoque, sem qualquer dúvida, reduz custos e, assim, aumenta o lucro. Como destaca Eric Hobsbawm, “Controle de inventário computadorizado, melhores comunicações e transportes mais rápidos reduziram a importância do volátil ‘ciclo de estoques’ da velha produção em massa, que resultava em enormes estoques ‘só para a eventualidade’ de serem necessários em épocas de expansão, e depois parava de chofre quando os estoques eram liquidados em épocas de contração. O novo método, iniciado pelos japoneses, e tornado possível pelas tecnologias da década de 1970, iria ter estoques muito menores, produzir o suficiente para abastecer os vendedores *just in time* (bem na hora),²⁹⁰ e, de qualquer modo, com uma capacidade muito maior de variar a produção de uma hora para outra, a fim de enfrentar as exigências de mudança”.²⁹¹

²⁹⁰ *Just in time*. “Método administrativo da produção, destinado basicamente à redução de estoques (dos recursos financeiros e do espaço físico para mantê-los), redução do tempo de fabricação e de troca de ferramentas e eliminação de peças, visando a um aumento da produtividade. A tradução não literal desta expressão inglesa poderia ser: ‘a peça necessária, na quantidade necessária, na hora necessária’”. (SANDRONI, 1987, p. 160).

²⁹¹ HOBBSAWM, 1995, p. 394.



Se o ciclo de expansão do desenvolvimento econômico capitalista entrou em colapso a partir de 1973, o mercado não pode ser regulado pelo Estado, e a transição para um novo regime de acumulação importaria na alteração do modo de regulamentação do capital, do mercado e da força de trabalho (Direito do Trabalho). Daí a necessidade da desregulamentação tributária, mercadológica e trabalhista.

A acumulação flexível de capital, na concepção de David Harvey, representa um

confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados²⁹² e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica²⁹³ e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas [...]. Ela também envolve um novo movimento que chamarei de “compressão do espaço-tempo” no mundo capitalista – os horizontes temporais da tomada de decisões privada e pública se estreitaram, enquanto a comunicação via satélite e a queda dos custos de transporte possibilitaram cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço cada vez mais amplo e variegado.²⁹⁴

Acumulação flexível, portanto, é a nova maneira encontrada pelo capitalismo para superar suas crises cíclicas e suas contradições internas e, dessa forma, permitir a reprodução do capital e sua concentração nas mãos da elite capitalista. De qualquer maneira, trata-se de uma acumulação de capital, assim como ocorre desde

²⁹² Que justifica a globalização de mercado, ou também chamada de globalização econômica.

²⁹³ Daí a importância das inovações tecnológicas da Terceira Revolução Industrial, que deram condições para a implementação de uma nova forma de produção, inteiramente sincronizada com as oscilações do mercado.

²⁹⁴ HARVEY, 1992, p. 140.



as Revoluções Comercial e Industrial, seguindo a racionalidade capitalista da acumulação e concentração. Só que, ao contrário do que ocorreu no período fordista, no qual a acumulação era baseada em padrões rígidos, a acumulação agora é flexível, pois flexível é o mercado e, por isso, flexível deve ser o processo de produção e a exploração da força de trabalho. Nesse caso, flexível deve ser a legislação, impondo-se a desregulamentação do ordenamento jurídico de perfil rígido.

3.4.3 O modelo toyotista

O modelo fordista-taylorista, na década de 60, dava seus primeiros sinais de claudicação, em razão do esgotamento do seu mercado interno e do fim da reconstrução da Europa Ocidental e do Japão, que significou um mercado externo consumidor em larga escala.

No mundo do trabalho, como destaca Sônia Larangeira, “observa-se a tendência ao esgotamento do chamado modelo fordista-taylorista de organização do trabalho, baseado, como se sabe, na estrita separação de funções, na parcelização e repetição de tarefas”.²⁹⁵ Com isso, não se pode deixar de destacar o rompimento do “compromisso keynesiano”, representado pela conciliação entre o grande capital e o trabalho.

Nas décadas de 60 e 70, a queda das taxas de produção e de lucro gerou forte crise fiscal nos Estados Unidos, criando problemas monetários em razão da aceleração inflacionária do dólar, que perdeu seu valor internacional. Com a queda da taxa de produção, a receita tributária do Estado de bem-estar ficou afetada. Mas o Estado tinha de cumprir seus compromissos sociais, precisando, assim, imprimir moeda sem lastro, ou seja, acelerar a inflação. Foi nessa época que teve início “uma onda de

²⁹⁵ LARANGEIRA, Sônia. O trabalho em questão. *Revista de Ciências Sociais*, Florianópolis, v. 15, n. 22, 2º sem. 1997, p. 41.



industrialização fordista competitiva em ambientes inteiramente novos, nos quais o contrato social com o trabalho era fracamente respeitado ou inexistente”.²⁹⁶

Com o esgotamento do modelo fordista, a sociedade industrial do Ocidente depara-se com o sucesso do modelo japonês – toyotismo –, que passa a ser adotado em larga escala, sofrendo sensíveis adaptações, conforme as necessidades da organização de cada empresa. Várias características definem o processo de produção no modelo toyotista. Para Coriat,

o significado fundamental da *via japonesa* consistiria em proceder ao reagrupamento das funções, alcançando quatro dimensões: reagrupamento de tarefas na produção através da polivalência; introdução de funções de diagnóstico, de reparação e manutenção nos postos dos operadores; introdução de funções de controle de qualidade dos produtos nos postos de fabricação; e articulação de atividades de planejamento com as de produção através do funcionamento de método *Kanban*.²⁹⁷

Em outras palavras, e sistematizando, o modelo japonês se caracteriza, relativamente à organização do trabalho, por a) polivalência, b) chão de fábrica,²⁹⁸ c) círculo de controle de qualidade (CCQ),²⁹⁹ e d) planejamento da produção pelo método *Kanban*.³⁰⁰

²⁹⁶ HARVEY, 1992, p. 135.

²⁹⁷ *Apud* LARANGEIRA, 1997, p. 42-43.

²⁹⁸ “[...] dimensão coletiva da competência à medida em que cresce a interface entre postos, setores e serviços: estímulo à discussão sobre problemas técnicos, valorizando-se assim a qualificação coletiva; estímulos a interações comunicacionais tendo em vista a socialização do debate técnico e à formação de grupos multifuncionais” (LARANGEIRA, 1997, p. 45).

²⁹⁹ “Os dados atualizados da União dos Engenheiros e Cientistas Japoneses (JUSE) indicam a existência de aproximadamente 390 mil CCQs, envolvendo cerca de 3 milhões de trabalhadores em todo o país. Os CCQs são constituídos por oito a doze trabalhadores e criam-se ao redor de um líder, que não raramente é também dirigente sindical e isto é



Para superar a crise, os capitalistas reduziram o investimento de capital constante, pela eliminação do estoque, a fim de possibilitar recursos para a automação da produção. No toyotismo não há grandes estoques, como medida de redução de custos e de aumento de lucro, modelo viabilizado pela informatização e pela melhora dos meios de comunicação e transporte, possibilitando que os fornecedores entreguem as peças necessárias para a produção na hora certa (*just in time*). Além disso, a produção em massa de produtos homogêneos é abandonada, passando-se a produzir pequenos lotes, com grande variedade de produtos, ou seja, os produtos são mais requintados, adaptando-se aos gostos variáveis do mercado.

O controle de qualidade, que no fordismo era feito *ex post*, ou seja, por um setor responsável pelo controle após a produção dos produtos, no toyotismo é feito imediatamente, durante a própria produção dos produtos, evitando, assim, a detecção tardia dos erros e dos produtos defeituosos e, com isso, perda de capital. Tal medida decorre das políticas produtivas de “controle de qualidade total” (CQT), pelas quais se elimina o controle centralizado do modelo rígido, passando para os próprios empregados produtores tal tarefa. Os empregados, assim, são dispostos em grupos de trabalho, os “círculos de controle de qualidade” (CCQ), que são treinados continuamente, desempenhando o líder o papel de “líder de produção”. Tudo isso porque a produção no fordismo era voltada para os recursos financeiros da empresa, enquanto a produção no toyotismo é voltada para a demanda do mercado. Assim, já

natural, segundo a Rengo, pois o sindicalista tem liderança junto aos colegas”. Destaca o Jornalista Kamata Satoshi: “Os CCQs se reúnem diariamente, por breves momentos, em horário não remunerado, antes de começar o serviço. Também as reuniões sindicais são, em geral, rápidas e fora do horário de trabalho. Os operários das fábricas chegam no local de trabalho, trocam de roupa, fazem a ginástica e escutam o coordenador do grupo de trabalho, que passa brevemente a ordem do dia e faz uma série de recomendações ao grupo. O discurso do líder trata da importância de todos contribuírem para o bom trabalho do grupo, recomenda que se evite faltar, beber à noite, para não penalizar o grupo no dia seguinte” (DIEESE. Boletim n. 179, Linha de Produção. *Missão brasileira discute relações de trabalho com japoneses*, jan./fev. 1996, p. 17).

³⁰⁰ *Kanban*: “é um meio de comunicação no sistema de Controle de Inventário Feito no Tempo Certo (Just in Time Inventory Control), metodologia desenvolvida e aperfeiçoada na Toyota (Japão). Coloca-se um Kanban - ou aviso - em peças ou partes específicas de uma linha de produção, para indicar a entrega de uma dada quantidade. Quando esgotarem todas as peças, o mesmo aviso é levado ao seu ponto de partida, onde se converte num novo pedido para mais peças”. (Disponível em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Kanban>>. Acesso em 05 de agosto de 2006, às 13h14min.).



não mais se produz conforme a capacidade produtiva da empresa, mas conforme a capacidade aquisitiva do mercado.

A organização produtiva no fordismo é verticalizada, pois, pela doutrina fordista, a empresa deveria dominar todas as áreas de sua atividade econômica, desde a exploração de matéria-prima até o transporte das mercadorias. Assim, a empresa seria tanto melhor quanto maior, na concepção *big is beautiful*.³⁰¹ A empresa baseada no modelo toyotista organiza-se de forma horizontal (ou quase-vertical), passando por profundo processo de subcontratação e terceirização de atividade-meio. A terceirização é um processo definitivo de extinção de setores da empresa, com o objetivo de redução de custos. Pela terceirização, uma parte da empresa é desativada, e o seu resultado – bens ou serviços – é adquirido de outra empresa. O setor da empresa que é objeto da terceirização pode ser produtivo ou de serviço, ou seja, pode ser um setor que produz certos bens materiais ou que produz certos serviços. Tal processo reveste-se de profunda perversidade, que só tem contribuído para a precarização das relações de trabalho e para o agravamento da situação social do trabalhador.

Em verdade, uma das características do toyotismo é a flexibilidade. A flexibilidade, conforme destaca Sônia Larangeira:

[...] apresenta-se sob diferentes modalidades: entre outras formas, pode-se destacar a flexibilidade temporal (refere-se à duração do tempo de trabalho ou à distribuição do tempo de trabalho no dia, semana, mês, ano ou ciclo de vida); flexibilidade produtiva (refere-se à diversificação da produção tendo em vista proteger as empresas dos problemas decorrentes de flutuações conjunturais); flexibilidade organizacional (externa, quando subcontratação de fornecedores; interna, quando envolve mudanças no processo de trabalho, como, por exemplo, a introdução do trabalho em equipe).³⁰²

Na visão de Krishan Kumar acerca das alterações na organização do mundo do trabalho, “A especialização flexível e as formas flexíveis de organização do

³⁰¹ Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. A terceirização e os modelos de organização do trabalho e da produção. In: *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, n. 140, 1996, p. 775.



trabalho substituem cada vez mais a produção em massa. A classe trabalhadora industrial de massa se contrai e se fragmenta, dando origem a um declínio da política de classe e à dissolução do sistema nacional corporativista de relações industriais”.³⁰³

O modo de organização do trabalho também difere nos dois modelos. Enquanto no fordismo tem-se o trabalhador desempenhando uma única tarefa, de forma repetitiva e especializada, no toyotismo tem-se a polivalência do trabalhador, que passa a desempenhar múltiplas tarefas, eliminando-se, assim, a porosidade da jornada de trabalho. Contudo, as múltiplas tarefas também são repetitivas, tanto que há autores que concebem o toyotismo como um modelo pós-fordista. De fato, como informa Ben Watanabe,³⁰⁴ “Um trabalhador na linha de produção da Toyota é obrigado a fazer 20 movimentos a cada 18 segundos, ou seja, um total de 20.600 movimentos por dia”. Condições de intensificação do trabalho, decorrentes dos pontos centrais do sistema gerencial japonês, *Kanban* e *Kaizen*,³⁰⁵ têm gerado morte repentina como consequência

³⁰² LARANGEIRA, 1997, p. 43.

³⁰³ KUMAR, 1997, p. 60.

³⁰⁴ WATANABE, Ben. “Karoshi”, novo estilo de morte causada pelo trabalho, s/p.

³⁰⁵ *Kaizen*: “é uma palavra de origem japonesa com o significado de melhoria contínua, gradual, na vida em geral (pessoal, familiar, social e no trabalho). Nos anos 50, os japoneses retomaram as idéias da administração clássica de Taylor e as críticas delas decorrentes para renovar sua indústria e criaram o conceito de Kaizen, que significa aprimoramento contínuo. Essa prática (exprimindo uma forte filosofia de vida oriental e sendo, por sua vez também, uma filosofia, uma cultura) visa o bem não somente da empresa como do homem que trabalha nela. As empresas são municiadas com ferramentas para se organizarem e buscarem sempre resultados melhores. Partindo do princípio de que o tempo é o melhor indicador isolado de competitividade, atua de forma ampla para reconhecer e eliminar os desperdícios existentes na empresa, sejam em processos produtivos já existentes ou em fase de projeto, produtos novos, manutenção de máquinas ou, ainda, processos administrativos. ‘Hoje melhor do que ontem, amanhã melhor do que hoje!’ Para o Kaizen, é sempre possível fazer melhor, nenhum dia deve passar sem que alguma melhoria tenha sido implantada, seja ela na estrutura da empresa ou no indivíduo. Sua metodologia traz resultados concretos, tanto qualitativamente, quanto quantitativamente, em um curto espaço de tempo e a um baixo custo (que, conseqüentemente, aumenta a lucratividade), apoiados na sinergia gerada por uma equipe reunida para alcançar metas estabelecidas pela direção da empresa. O Sistema de produção Toyota é conhecido pela sua aplicação do princípio do Kaizen” (Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Kaizen>>. Acesso em 05 de agosto de 2006, às 13h18min.).



do trabalho excessivo (*Karoshi*).³⁰⁶ O pagamento de salários, que no fordismo era *pro rata*, ou seja, os benefícios salariais eram distribuídos para todos os empregados de forma igualitária, é feito de forma pessoal no toyotismo, por um sistema detalhado de bonificações e prêmios por produção. O caráter pessoal do pagamento, contudo, não é personalíssimo, pois, além da adoção do sistema *nenko*,³⁰⁷ caracterizado pela avaliação do trabalhador (idade e antigüidade = progressividade salarial), a remuneração leva em conta a produtividade do grupo de trabalho, impondo aos trabalhadores integrantes do grupo uma fiscalização recíproca. Para consecução da alta produtividade e para que possam fazer o controle de qualidade dos produtos durante a produção, os empregados são submetidos a longos treinamentos, dando-se ênfase na co-responsabilidade do trabalhador, o que não ocorria no fordismo.

³⁰⁶ “*Karoshi* é uma palavra composta, formado por *karo* e *shi*, que significam, respectivamente, trabalho excessivo e morte. Quando combinadas, passam a significar morte repentina como conseqüência de trabalho excessivo. É o fenômeno social do momento, o outro lado da moeda de *kaizen* e *kanban*” (WATANABE).

³⁰⁷ “El salario de los trabajadores japoneses se conforma por un complicado sistema que integra varios elementos, entre los que figura la preparación del trabajador, el puesto que ocupa, una tasa calculada anualmente sobre el ingreso nacional, la antigüedad y otros factores menores. En todo caso, la parte correspondiente a la antigüedad es considerablemente alta. Los jóvenes que ingresan al campo laboral, incluso aquellos muy bien preparados, perciben salarios bastantes bajos en comparación con los que más tiempo tienen en la empresa. Además de oficiar como un reconocimiento cada vez mayor por los servicios prestados - en general, el “agradecimiento” de las empresas a sus trabajadores no es una virtud común implica también una cierta fórmula seductora, en la cual se estimula la permanencia del trabajador en la empresa. La empresa está haciendo todo lo posible para que el trabajador permanezca en ella y el sistema de estímulo permanente - como el salario a la antigüedad - es un ejemplo real de tal preocupación. Por otro lado, se evita una fantasía muy común en el campo laboral: que los recién iniciados, por su excelente preparación, desplacen a los trabajadores más viejos. El sistema cuida y refuerza en todo momento el respeto a la experiencia y a la fidelidad con políticas tangibles. El reconocimiento a la antigüedad es un reconocimiento a la experiencia y perseverancia de los más viejos. El sistema occidental conduce irremediamente a deshacerse de los viejos, por el prejuicio de que no están en condiciones de realizar tareas que los más jóvenes pueden hacer; en suma, que no son capaces de producir y competir con los más, jóvenes. Japón ha encontrado - en el medio industrial - una manera útil y establece un lugar social protegido para los más antiguos, aprovechando además el capital de la experiencia” (Disponível em: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras33/notas1/sec_12.html>. Acesso em 26 de julho de 2006, às 11h40min).



Nessa perspectiva de produção e organização do trabalho imposta pela acumulação flexível, o modelo de Estado, que era baseado na regulamentação, na rigidez, na socialização do bem-estar e no consumo em massa, passa a ter perfil de Estado baseado na desregulamentação, na flexibilidade e na privatização das necessidades coletivas, conforme destaca David Harvey.³⁰⁸ Também Ricardo Antunes levanta a preocupação da difusão do toyotismo e o impacto de seus efeitos na organização do Estado e na regulamentação do trabalho:

Creemos, ao contrário, que a introdução e expansão do toyotismo na “velha Europa” tenderá a enfraquecer ainda mais o que se conseguiu preservar do *welfare state*, uma vez que o modelo japonês está muito mais sintonizado com a lógica neoliberal; do que com uma concepção verdadeiramente social-democrática. O risco maior que visualizamos dessa ocidentalização do toyotismo é o de que, com a retração dos governos da social-democracia europeia, bem como a sua subordinação a vários pontos da agenda neoliberal, tenderia a haver um encolhimento ainda maior dos fundos públicos, acarretando maior redução das conquistas sociais válidas para o conjunto da população, tanto aquela que trabalha quanto a que não encontra emprego. Menos que social-democratização do toyotismo, teríamos uma toyotização descaracterizadora e desorganizadora da social-democracia.³⁰⁹

Em suma, o toyotismo é um modelo de organização da produção capitalista surgido no Japão na década de 80, desenvolvido a partir da globalização econômica³¹⁰ e da crise do capital da década de 70. O Japão, com a industrialização após a Segunda Grande Guerra, não tinha o ambiente necessário para a implementação do modelo fordista, pois tinha um mercado consumidor escasso, pouco capital e matéria-prima e abundância de força de trabalho. Assim, teve de adotar um

³⁰⁸ HARVEY, 1992, p. 167-169.

³⁰⁹ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 31-32.

³¹⁰ “Devido à permeabilidade das fronteiras nacionais, a globalização facilita a difusão de um novo modelo de gerenciamento do trabalho que paulatinamente substitui o modelo



modelo de automação flexível, cujo resultado foi o incremento da produtividade na fabricação de pequenas quantidades de diversos produtos.

3.5 CRISE DA ATUAL TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A era da acumulação flexível se apresenta como forma de superação da crise capitalista evidenciada a partir de 1973, representada pela crise do petróleo e pela estagnação. A partir da referida crise, o mercado gradativamente passou a não mais comportar a produção massiva do modelo fordista, gerando desequilíbrio entre produção e consumo, tornando-se instável.

É no mercado que o capitalista alcança o lucro, pela comercialização de suas mercadorias e de seus serviços. Assim, é o mercado que informa todo o eixo de organização produtiva, impondo, assim, a necessidade de se alterar o modo de produção, flexibilizando-o. Por tal fator, torna-se preciso também flexibilizar a exploração dos fatores de produção, entre os quais a força de trabalho, o que explica a necessidade de desregulamentação do Direito do Trabalho.

A globalização neoliberal³¹¹ é resposta econômica à crise, decorrendo da necessidade de o capital intensificar a exploração dos mercados existentes e de explorar novos mercados, sempre com o objetivo de garantir a permanência do processo de acumulação e da centralização de capital, tendência que o sistema capitalista revela desde sua gênese.

‘fordista’ de produção pelo modelo ‘toyotista’ de administração da mão-de-obra” (RÜDIGER, 1999. p. 17-32).

³¹¹ É preciso adjetivar a globalização para identificar a globalização de capital, que é a mais perversa. Há outras formas de globalização, conforme bem esclarece ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. In: ARRUDA



A desregulamentação do Direito do Trabalho decorre da alteração do modo de acumulação capitalista. O surgimento da legislação social se baseou na necessidade de o capital superar a crise do final do século XIX até a Grande Depressão de 1929-33 e de dar respostas políticas ao socialismo real implantado no Leste Europeu, com a Revolução Russa, de 1917. Assim, com o esgotamento do Estado intervencionista e das constituições econômicas, o capitalismo, para superar sua nova crise, precisa adequar a produção ao mercado, e a força de trabalho aos modos de exploração dos fatores de produção.

O operador do Direito não pode mais desconsiderar os acontecimentos sociais, econômicos e políticos. O Direito é resultado direto das pressões econômicas, tendo eminente caráter instrumental da acumulação capitalista, de tal forma que, enquanto a acumulação se dava em bases rígidas, a regulamentação assim também o era. Agora que a acumulação de capital é flexível, tal condição impõe a flexibilidade da exploração da força de trabalho e, por conseqüência, a flexibilidade da legislação, num primeiro momento, e a desregulamentação, num segundo. A flexibilização é um fenômeno que não pode ser entendido por dentro do ordenamento jurídico, mas fora dele.

Do ponto de vista social, contudo, toda essa discussão se encaminha para uma única idéia: a sociedade não pode ser boa somente para uns poucos. Deve procurar atender às necessidades de um maior número de cidadãos, independentemente de origem étnica, cultural, social, etc. Uma sociedade que deixa seus integrantes ao desabrigo total não serve como projeto de nação. Afinal de contas, nossa nação tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, III e IV). A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (CT, art. 170), e busca-se o pleno emprego (CF, art. 170, VIII),



assim entendido como a condição em que todos que desejarem vender sua força de trabalho pelo padrão salarial vigente o poderão fazer.

Assim, ou assumem-se as normas constitucionais como programas sociais para o futuro, ou renuncia-se aos postulados da modernidade e do iluminismo, com o risco de retorno à barbárie da pré-modernidade.

Feita a abordagem histórica e a contextualização econômica e sociológica do fenômeno da precarização da relação de emprego, a partir da alteração do modo de acumulação de capital e do modo de organização da produção, pertinente para a compreensão do tema central desta tese, passa-se à análise dos fundamentos propriamente ditos de uma nova teoria da relação de emprego com vistas ao princípio da dignidade da pessoa humana.



CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO



Uma nova teoria da relação de emprego, como manifestação do direito infraconstitucional, pressupõe, necessariamente, a observância dos fundamentos previstos na Constituição, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Para isso, uma nova teoria deve fundar-se no princípio de proteção do trabalhador e na cláusula da dignidade da pessoa humana. Para a defesa da dignidade do trabalhador, importa enfrentar o tema dos direitos da personalidade e a conseqüente questão do dano moral, que a violação daqueles direitos pode ensejar. Com a desregulamentação das normas de proteção ao trabalho e a nova regulamentação flexibilizante, um instrumento jurídico possível à tutela da dignidade do trabalhador é a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador através das ações de dano moral. O Direito do Trabalho sofre constantes ataques de desqualificação ideológica, e a utilização da tutela aos direitos da personalidade ficaria isenta desses ataques por ser uma manifestação de todo o Direito, e não somente no âmbito trabalhista.

4.1 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Em que pesem a unidade do ordenamento jurídico e a existência de princípios gerais de direito, o sistema normativo é dividido em vários ramos, cada qual com seus princípios peculiares. Os princípios peculiares de cada ramo se justificam à medida que cada um deles tem sua gênese baseada numa determinada razão social. Tais razões são, não se pode negar, verdadeiras fontes materiais do surgimento da norma e delas se deduzem regras básicas, gerais, fundamentais. Sabe-se que o fenômeno jurídico só tem razão de ser para regular a vida em sociedade. Os interesses dos seus integrantes são os fatores determinantes do surgimento da norma.



É como se fossem a matéria-prima, abstrata, desforme, indefinida, que, após laboriosa elaboração técnica, será convertida em produto acabado, em norma jurídica, em fonte formal. Mas é preciso reconhecer que esse produto acabado, apesar de ter vida própria distinta da matéria-prima que o originou, não perde sua essência, representada justamente pelo interesse social que encerra.

De tais interesses podem tirar-se regras, normas, mandamentos, que devem ser observados no trato do ramo do direito respectivo, por ser seu pressuposto. É o que ocorre com o princípio de proteção. Apesar de poder ser inferido das normas de “proteção” ao trabalho, ele é a própria razão de ser do Direito do Trabalho. Equivale a dizer que são sua premissa, seu pressuposto, os interesses social e econômico (sem se pretender entre eles estabelecer hierarquia) que geraram a intervenção do Estado na relação de trabalho, a fim de tutelar a parte mais fraca – o trabalhador subordinado.

Também, o princípio de continuidade, além de estar materializado em normas positivas, delas podendo ser inferido, tem origem anterior ao surgimento da legislação trabalhista. O Código de Napoleão,³¹² de 21 de março de 1804, dispensou somente dois artigos³¹³ para o contrato de locação de serviços, tendo por razão a

³¹² “O Código Napoleônico (originalmente chamado de *Code Civil des Français*, ou código civil dos franceses) foi o código civil francês outorgado por Napoleão I e que entrou em vigor em 21 de março de 1804. Todavia, o Código Napoleônico não foi o primeiro código legal a ser estabelecido numa nação européia, tendo sido precedido pelo *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (Baviera, 1756), pelo *Allgemeines Landrecht* (Prússia, 1792) e pelo *Código Galiciano Ocidental* (Galícia, à época parte da Áustria, 1797). Embora não tenha sido o primeiro a ser criado, é considerado o primeiro a obter êxito irrefutável e a influenciar os sistemas legais de diversos outros países.” (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Napole%C3%B4nico>. Acesso em: 29 ago 2006, às 18h48min.).

³¹³ São os artigos 1780 e 1781. O primeiro dispõe que: “On ne peut engager ses services qu'a temps ou pour une entreprise déterminée” (Uma pessoa não pode comprometer seus serviços a tempo ou por uma empreitada determinada). E o segundo que: “Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les à-comptes donnés pour l'année courante” (O patrão é acreditado sobre sua afirmação pela prestação dos salários, pelo pagamento dos salários do ano vencido e pelas contas dadas do ano corrente). Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f436.table>>. Acesso em: 29 ago. 2006, às 21h35min.



necessidade de romper com os resquícios do modelo feudal – trabalho do servo por toda a vida. Já a legislação do trabalho teve como fundamento a necessidade de integrar o trabalhador na empresa, dando a ele maior estabilidade. Enfim, o mesmo raciocínio se poderia fazer em relação aos demais princípios. O que importa ter presente é que dos contextos histórico, social, econômico e político retiram-se as razões genéticas do direito. E de tais razões retiram-se mandamentos e proposições que são transformadas em regras gerais – em verdades fundantes do sistema –, que devem ser observadas nas futuras produções legislativas, na interpretação e na aplicação do direito. Na primeira hipótese têm-se os princípios na sua função informadora; na segunda, na sua função interpretadora; e, na terceira, normativa.³¹⁴

4.1.1 Princípio de proteção

O contrato individual de trabalho é o instrumento jurídico pelo qual o trabalhador aliena sua força de trabalho para o capitalista, que o insere no seu processo de produção de mercadorias. Esse processo de exploração econômica é, em regra, permanente, ou seja, sem data certa para terminar. Assim, o contrato de trabalho tem característica de trato sucessivo.

Historicamente, a burguesia travou permanente combate contra o regime feudal, razão pela qual o Código de Napoleão, de 1804, que foi paradigma da maioria dos Códigos modernos, entre os quais o nosso Código Civil, de 1916, proibiu a contratação permanente, a fim de afastar a possibilidade de repetição do modelo de escravidão ou servidão.

³¹⁴ “Segundo De Castro, os princípios de direito cumprem tríplice missão: a) informadora: inspirando o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico; b) normativa: atuam como fonte supletiva, no caso de ausência lei [*sic*]. São meios de integração de direito; e c) interpretadora: operam como critério orientador do juiz ou do intérprete.” Cf. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 18.



Com a introdução do modo de produção capitalista, a estrutura social se transforma, passando a ser informada por uma nova racionalidade: a racionalidade da acumulação de capital. O processo de produção, ou seja, o processo de exploração de atividade econômica é desenvolvido pelo capitalista – possuidor do dinheiro – com o objetivo de mais-valia. Isso quer dizer que todo o modo de produção e, por conseguinte, o processo de produção baseiam-se na lógica da mais-valia. Esse movimento é insaciável e não é isolado, mas informado por um contínuo movimento de ganho, como bem destaca Marx.³¹⁵

A força de trabalho é um dos elementos que integra esse processo. É um fator de produção essencial para o movimento de todo o sistema, porque, em tese, só ela agrega valor às demais mercadorias – teoria do valor-trabalho. Para isso se realizar, é preciso que o empregado preste o trabalho em tempo superior ao necessário para produzir valor capaz de comprar, pelo salário, os seus meios de subsistência.

A força de trabalho é uma mercadoria. Isso não quer dizer que o homem, como fornecedor de força de trabalho, seja uma mercadoria, muito embora não se possa deixar de reconhecer que o operário só valha em razão de sua força de trabalho. Esta é inerente ao processo de produção, que conjuga todos os meios de produção. Assim, sua inserção deve se dar de modo definitivo.

A força de trabalho só deixará de ser definitiva por fatores políticos, como ocorreu no início da industrialização, quando era preciso romper com todos os resquícios do ancião regime, entre os quais o trabalho por toda a vida; ou econômicos, como ocorre atualmente, quando a desvinculação do trabalhador da empresa se insere num processo de reestruturação da produção e de fatores estritamente financeiros. Melhor dizendo, a força de trabalho é um elemento essencial da produção capitalista, mas ela pode ser conseguida de qualquer trabalhador. Assim, a vinculação de um

³¹⁵ Cf. MARX, 1988, p. 125.



trabalhador específico no sistema de produção de uma empresa pode se dar de forma definitiva, ou não, conforme os interesses circunstanciais.

O surgimento do Direito do Trabalho se vincula ao momento histórico do início do século XX, quando tem início o período fordista. Conforme destaca David Harvey,

A data inicial simbólica do fordismo deve por certo ser 1914, quando Henry Ford introduziu seu dia de oito horas e cinco dólares como recompensa para os trabalhadores da linha automática de montagem de carros que ele estabelecera no ano anterior em Fearbon, Michigan. Mas o modo de implantação geral do fordismo foi muito mais complicado do que isso.³¹⁶

Além de se constituir numa nova forma de organização da produção, o fordismo tinha outras concepções, mais abrangentes. Ford vinculava, como não poderia ser diferente, a produção em massa ao consumo em massa, e nisso se diferenciava de Taylor, pois ele pensava, nas palavras de David Harvey, “um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista”.³¹⁷

A organização das relações trabalhistas ocorreu, no século XX, basicamente de três formas, conforme as respostas que o Estado burguês deu à crise do final do século XIX. Nos Estados Unidos, de tradição liberal, a resposta dada foi materializada pelo *New Deal*,³¹⁸ e as relações trabalhistas se organizaram

³¹⁶ HARVEY, 1992, p. 121.

³¹⁷ HARVEY, 1992, p. 121.

³¹⁸ Programa econômico adotado em 1933 pelo presidente norte-americano F. Roosevelt para combater os efeitos da Grande Depressão e retomar a prosperidade do país. O *New Deal* (Nova Política) seguiu, na prática, os ensinamentos que a reflexão teórica de Keynes produziria: baseou-se na intervenção do Estado no processo produtivo, por meio de um audacioso plano de obras públicas com o objetivo de atingir o pleno emprego, o que contradizia toda a tradição liberal dos Estados Unidos. O crescente uso da automação e da regulação eletrônica da produção, que caracterizaria o capitalismo tardio, provoca,



precipualemente sem a intervenção direta do Estado, que se limitou a dar as condições necessárias para que as partes solucionassem os conflitos de interesses.

Na Europa, em momentos históricos distintos, teve-se o fascismo como regime adotado pela Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, com a regulação direta da economia (dirigismo estatal) e, após a Segunda Guerra Mundial, a forma adotada foi o *Welfare State*.³¹⁹ Em ambos os casos, a organização das relações trabalhistas é

segundo Mandel, aumento da composição orgânica do capital e queda da taxa de lucros, definindo uma crise estrutural do modo de produção capitalista ou “uma crise histórica de valorização do capital”, já que nas fábricas inteiramente automatizadas, não havendo trabalho humano, também não haverá produção de mais-valia. O desenvolvimento tecnológico, através do aumento de despesas com pesquisas e sua organização como ramo autônomo da divisão do trabalho (possibilitada pela valorização das rendas tecnológicas, que se tornaram a principal fonte de superlucros), proporcionou uma depreciação mais rápida do capital fixo e o encurtamento do tempo de sua rotação, exigindo um planejamento empresarial mais abrangente. Esse fato explicaria a centralização do capital por meio dos conglomerados multinacionais e a tendência inerente ao capitalismo tardio de ampliar o controle sistemático sobre todos os elementos dos processos de produção, circulação e reprodução. No plano ideológico, o capitalismo tardio substituiu a crença no individualismo e na competição sem limites pela fé na ciência e na técnica, cujos princípios devem organizar e planejar a sociedade e a economia (SANDRONI, 1987, p. 215).

³¹⁹ Sistema econômico baseado na livre-empresa, mas com acentuada participação do Estado na promoção de benefícios sociais. Seu objetivo é proporcionar ao conjunto dos cidadãos padrões de vida mínimos, desenvolver a produção de bens e serviços sociais, controlar o ciclo econômico e ajustar o total da produção, considerando os custos e as rendas sociais. Não se trata de uma economia estatizada; enquanto as empresas particulares ficam responsáveis pelo incremento e realização da produção, cabe ao Estado a aplicação de uma progressiva política fiscal, de modo a possibilitar a execução de programas de moradia, saúde, educação, previdência social, seguro-desemprego, e, acima de tudo, garantir uma política de pleno emprego. O Estado de bem-estar corresponde fundamentalmente às diretrizes estatais aplicadas nos países desenvolvidos por governos social-democratas. Nos Estados Unidos, certos aspectos do Estado de bem-estar desenvolveram-se particularmente no período de vigência do *New Deal*. Segundo Paul Sweezy, economista norte-americano, alguns rudimentos do Estado de bem-estar foram aplicados no governo de Bismark. No campo teórico, o ponto de partida da formação dos contornos do Estado de bem-estar tem seus fundamentos na obra de A. C. Pigou, *Economics of Welfare*, 1920 (*Economia de Bem-Estar*). Posteriormente, sua natureza foi rigorosamente analisada e defendida pelo economista inglês John Strachey e pelo sueco Gunnar Myrdal. Para Myrdal, trata-se de uma economia organicamente estruturada pela ação do poder público. Essa intervenção ocorre no âmbito do poder central, provincial e municipal. Ao mesmo tempo, o controle público sobre a economia é limitado pelo controle que a sociedade civil tem sobre o Estado. Embora Myrdal tenha como ponto de referência



centralizada, baseada na rigidez da exploração da força de trabalho. No Brasil, igualmente se aplica a organização centralizada, pois a regulamentação das relações trabalhistas ainda é feita por texto legal, com forte conteúdo fascista.

Seja qual for o modelo de organização das relações trabalhistas que tenha sido adotado em cada país, durante o período do fordismo, houve grande segurança do empregado em relação à sua permanência na empresa ou à capacidade de encontrar outro emprego em curto lapso temporal – é a idéia keynesiana do pleno emprego.

A integração do emprego na empresa também teve como objetivo dar a ilusão de prosperidade à classe operária, que, assim, ficaria seduzida pelo “capitalismo-social”, afastando-se do materialismo histórico e das propostas socialistas revolucionárias. Somente com a integração do trabalhador na empresa, passada a ser concebida como uma instituição social produtiva, se poderia efetivar o processo de dissimulação da luta de classes e, ao mesmo tempo, possibilitar a geração de uma poupança nacional capaz de viabilizar o crescimento econômico.

Por sua natureza de verdade fundante de um ramo do Direito, os princípios não necessitam de consagração no Direito Positivo, pois se situam acima desse direito. Tarso Genro³²⁰ entende que o art. 9º da CLT recepcionou o princípio de proteção ao prescrever a nulidade do ato tendente a impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalho. Contudo, como bem observa Plá Rodriguez, não há a

para sua análise as social-democracias escandinavas, ele afirma que o Estado de bem-estar é ainda um objetivo futuro. Será, segundo ele, uma sociedade onde se torne possível a realização dos princípios de fraternidade, liberdade e igualdade, prometidos pela Revolução Francesa. Mesmo discordando de Karl Marx, o ensaísta sueco diz que o Estado de bem-estar, no futuro, corresponderá ao “reino da felicidade”, sonhado pelo autor de *O Capital*. (SANDRONI, 1987, p. 112).

³²⁰ GENRO, 1994, p. 74.



necessidade de consagração dos princípios no Direito positivo, “[...] porquanto a própria natureza do princípio o situa acima do direito positivo”.³²¹

O significado do princípio de proteção refere-se ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, rompendo com a premissa de igualdade entre as partes e tutelando uma delas – o empregado –, em razão de sua evidente inferioridade. Todo o sistema jurídico moderno se baseia no individualismo, pelo qual a vontade do indivíduo é soberana, não podendo a coletividade impor qualquer tipo de restrição. O Estado moderno, em sua origem, era orientado pela postura absenteísta, pois partia da premissa irrefutável da igualdade real entre todos os cidadãos.

Quando essa postura é abandonada e o Estado passa a intervir nas relações sociais, isso se dá pela negação da igualdade das partes na relação material.³²² Assim, foi preciso estabelecer, no plano jurídico-formal, proteções desiguais, com a finalidade de igualar as partes. Esse é tido como o verdadeiro significado e fundamento do princípio de proteção. Contudo, não se pode olvidar que a legislação trabalhista teve origem num contexto mais amplo, qual seja, de superação de crises econômicas. Na virada do século XIX para o XX o capitalismo estava em crise e não conseguia dar respostas às suas evidentes contradições. A exploração do trabalho humano chegou a níveis intoleráveis. Certos movimentos sociais questionaram essa forma de organização social, cabendo dar destaque aos movimentos fascista e socialista.

³²¹ PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 39-40.

³²² Diz-se da relação material aquela que ocorre entre os indivíduos na vida social. Não se quer dizer, aqui, pela utilização da expressão, da relação de direito material, em contraposição à relação de direito processual, mas sim confrontar a relação material com a relação jurídica formal. As relações materiais podem ser apreendidas pelo ordenamento de várias formas, sendo o contrato individual de trabalho nada mais do que a forma pela qual o sistema jurídico interpreta e regulamenta a relação material correspondente – a relação de emprego.



Em 1917, no México é promulgada a primeira Constituição a reconhecer as garantias sociais e os direitos coletivos dos trabalhadores, fruto da Revolução Mexicana.³²³ Como aduz Mario De La Cueva, a inquietude social e política crescia a partir de 1900, até tornar-se irrefreável em 1910, quando eclode a Revolução. Uma população rural de 9.745.000, representando 72% dos mexicanos vivendo em situação precária e de miséria, apóia o Plano de San Luis, de Francisco Madero, expedido em 5 de outubro de 1910, desconsiderando a ditadura de Porfírio Díaz e convocando o povo ao restabelecimento da Constituição e da não reeleição.³²⁴ Resultado desse movimento, surge a Constituição Mexicana de 1917, “[...] fonte do direito agrário e do direito do trabalho, como um grito de rebeldia do homem que sofria injustiças no campo, nas minas, nas fábricas e nas oficinas”.³²⁵

Ainda em 1917, na Rússia, ocorre a Revolução Socialista, que, guardadas suas peculiaridades, dá ao mundo uma alternativa à sociedade industrial capitalista. Foi preciso que o capitalismo passasse a dissimular suas contradições e, ao mesmo tempo, salva o sistema da crise em que estava mergulhado.

Nesse contexto surge a intervenção estatal e o trabalhismo. Mais do que seu caráter humanitário, o Direito do Trabalho é uma fórmula de controle social da força de trabalho, a fim de afastar a classe trabalhadora dos postulados socialistas. Isso explica, até certa medida, porque, com a queda do muro de Berlim, em 9 de novembro

³²³ “Chama-se Revolução Mexicana ao movimento armado, social e cultural iniciado no México em 1910 por causa da ditadura do General Porfírio Díaz e que culminaria oficialmente com a promulgação de uma nova constituição sete anos depois, ainda que os surtos de violência continuariam até finais da década de vinte. O movimento teve grande impacto nos círculos operários, agrários e anarquistas a nível internacional pois a Constituição de 1917 foi a primeira no mundo a reconhecer as garantias sociais e os direitos coletivos dos trabalhadores.” Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_mexicana>. Acesso em: 29 ago 2006, às 22h.

³²⁴ Cf. DE LA CUEVA, 1999, p. 43-44.

³²⁵ DE LA CUEVA, 1999, p. 44. (...fuente del derecho agrário y del derecho del trabajo, como um grito del hombre que sufría injusticia em el campo, em las minas, em las fabricas y em el taller).



de 1989, e o fim da divisão do mundo nos blocos capitalista e socialista, o Direito do Trabalho passa por um processo cruel, pervertido e perverso de destruição.

Nesse contexto, é essencial resgatar o fundamento do princípio como a própria razão de ser do Direito do Trabalho, que surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre as pessoas com poder e capacidade econômica desigual conduzia a diferentes formas de exploração.

4.1.1.1 Regra “in dubio, pro operario”

A regra tem função interpretativa, impondo a aplicação das normas trabalhistas, de cunho protetivo, em favor do destinatário dessa proteção, quando forem passíveis de se entenderem de mais de um modo. Se a proteção é o propósito inspirador das normas de proteção do trabalho, deve ser observada quando de sua aplicação.

Seu significado é de que, havendo uma norma passível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador. Segundo Américo Plá Rodríguez, a regra informa o “Critério que deve utilizar o juiz ou o interprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador”.³²⁶

A justificação da regra *in dubio pro operario* repousa no fato de ser o empregado o destinatário da tutela normativa, por ser a parte mais fraca na relação jurídica, pela qual se aliena a força de trabalho humano. Assim, no caso de dúvida, esta deve laborar em favor do empregado. Como o surgimento do Direito do Trabalho se deu pela negação da presunção de igualdade jurídico-formal das partes envolvidas na relação de emprego, superando o individualismo, na sua aplicação houve, igualmente, a

³²⁶ PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 42.



superação da regra tradicional vigente no direito comum pela qual, na dúvida, dever-se-ia decidir em favor do devedor – *in dubio pro reo*.

As condições de aplicação da regra pressupõem a existência de dúvida sobre o alcance da norma legal, ou seja, quando haja uma dúvida autêntica, não servindo para corrigir ou integrar o ordenamento; e desde que a opção interpretativa escolhida não esteja em desacordo com a vontade do legislador, pois a solução não deve contrariar o espírito da lei (*ratio legis*).

Podem-se estabelecer duas limitações para a incidência da regra *in dubio pro operário*, no caso da prova jurídica e no de normas de gestão empresarial.

No caso de aplicação da regra *in dubio pro operário* em matéria de prova jurídica, há quem entenda possível. Ainda que a regra, inserida no princípio de proteção, tenha sido concebida para resolver problemas de aplicação de norma jurídica com mais de uma interpretação, a doutrina moderna e parte da jurisprudência têm admitido a aplicação da regra também no campo probatório. Oportuna a doutrina de Santiago Rubinstein, ao afirmar:

a dúvida do julgador pode resultar da interpretação de um texto legal ou da aplicação de uma norma a um caso concreto e também da valoração das provas trazidas pelas partes ao processo, sendo aplicável dito princípio a todas essas hipóteses e, em especial, quando se pretende determinar se tal ou qual norma corresponde a um fato concreto, ou seja, a subsunção do fato à norma ou sob a norma. Os fatos no processo do trabalho adquirem importância fundamental e obrigam os juízes à sua análise e valoração, para a obtenção da verdade e a eliminação da dúvida.³²⁷

Inclusive Plá Rodriguez entende cabível a incidência da regra em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Prossegue o renomado autor:

³²⁷ *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 47-48.



Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos.³²⁸

No mesmo sentido é a lição de José Isidro Somaré, pois afirma que a regra *in dubio pro operario* se aplica também ao direito formal. Diz o juslaboralista cordobês:

A dúvida é admissível, na consciência do juiz, quanto à forma, ao modo, às características como ocorreram os fatos. Isto é, se a prova não foi suficiente para levar ao espírito do juiz à certeza de como ocorreu um incidente, de modo tal que haja dúvida, pode, então, optar pela solução de favor e acolher o pedido do trabalhador.³²⁹

A questão é controvertida, mas o entendimento predominante é o de que a regra não se aplica no campo probatório, uma vez que as dúvidas nessa seara são resolvidas pela distribuição do ônus probatório,³³⁰ seja pela aplicação do art. 818 da CLT, seja pela do art. 333 do CPC.³³¹

³²⁸ PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 48.

³²⁹ *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 51.

³³⁰ Os seguintes julgados revelam a antinomia jurisprudencial. “Valoração da prova. Aplicação do princípio ‘in dubio pro misero’. A aplicação do princípio ‘in dubio pro misero’ só se aplica quando a matéria estiver restrita à interpretação do direito. Em se tratando de matéria probatória, se a prova produzida não permite a convicção do juiz, cabe a este decidir pelo ônus da prova”. (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Ac. n. 8089/03, Juíza Gisele P. Alexandrino - Publicado no DJ/SC em 28.08.2003). E em sentido contrário: “Justa causa. Prova contraditória. Negada e afirmada a falta atribuída na despedida, ocorrendo equivalência de valor probante, inclina-se a decisão em favor do empregado pela adoção do princípio *in dubio pro operário*”. (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Ac. n. 8517/02, Juiz J. L. Moreira Cacciari - Publicado no DJ/SC em 02.08.2002).

³³¹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 17h40min.



A dúvida também pode recair sobre normas de gestão empresarial, e resta saber se, nesse caso, também é possível a aplicação da regra *in dubio pro operario*. Essa limitação é proposta por Cavazos Flores ao sustentar que:

pensamos que el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador, de tener sus excepciones. Así, por ejemplo, en los casos de que la duda recaiga sobre la forma de administrar o dirigir una empresa, creemos que la solución deberá darse a favor del patrón.³³²

Contudo, tal restrição não é aceita pela maioria da doutrina e jurisprudência, que entende aplicável a regra *in dubio pro operario* mesmo nas normas de gestão empresarial. Assim ocorre no caso de dúvida de interpretação de norma de regulamento de empresa, ou outras formas de manifestação normativa do empregador. Se a norma interfere nas condições de trabalho do empregado, não há porque excluí-la da regra em questão.

A regra *in dubio pro operario* pode ser aplicada tanto para estender um benefício quanto para diminuir um prejuízo ao empregado, e pode ter incidência decrescente em razão da maior remuneração do empregado e/ou de sua maior colocação na estrutura hierárquica da empresa.

4.1.1.2 Regra da norma mais favorável

A hierarquia das normas de proteção ao trabalho segue a mesma ordem da hierarquia tradicional das normas jurídicas. O que importa reconhecer é que as normas estatais representam um mínimo e que, por isso, à solução das antinomias – situação de normas incompatíveis entre si ou encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras³³³ – não se aplicam os critérios tradicionais. No direito comum, as antinomias são solucionadas a partir de três critérios:

³³² CAVAZOS FLORES, 1996, p. 57.

³³³ BOBBIO, 1995, p. 81.



o cronológico (*lex posterior derogat priori*), o hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

No Direito do Trabalho, aplica-se a regra da norma mais favorável, que integra o princípio de proteção, segundo o qual há subversão da “hierarquia tradicional das chamadas fontes formais”,³³⁴ a fim de fazer prevalecer a norma cujo conteúdo seja mais favorável ao trabalhador. Assim, nos outros ramos do Direito, quando há conflito de normas de hierarquia diferente, aplica-se normalmente a de maior hierarquia, conforme a construção escalonada do ordenamento jurídico. Entre a Constituição e a lei complementar, prevalece a primeira. Entre a lei complementar e a lei ordinária, esta sucumbe à prescrição daquela. Entre uma lei ordinária e um decreto será a normal legal a ser acolhida em detrimento da norma regulamentar; e assim por diante. Havendo conflito entre normas de mesma hierarquia, entre duas leis ordinárias, aplicar-se-á o critério da especialidade, prevalecendo a norma especial em prejuízo da norma geral e, no caso de ambas serem gerais ou especiais, terá primazia a norma atual em relação à anterior.

No âmbito do Direito do Trabalho, as antinomias são resolvidas por outro critério, qual seja, pela regra da norma mais favorável. A regra tem aplicação quando se tem várias normas aplicáveis a uma única relação. Aqui, não se aplicam os critérios tradicionais para solução das antinomias, caso em que a regra apresenta caráter eminentemente peculiar. Assim, deve-se optar pela norma mais favorável ao trabalhador.

Chega a ocorrer, em verdade, a inversão da pirâmide escalonada tradicional do ordenamento jurídico, ficando a Constituição no vértice inferior, representando as normas numericamente inferiores e de menor conteúdo tutelar. Pode parecer paradoxal num primeiro momento, mas de fato a Constituição estabelece o

³³⁴ GENRO, 1994, p. 57.



mínimo de garantias a partir das quais as normas inferiores devem ir ampliando a tutela. Isso está expresso no próprio *caput* do art. 7º ao mencionar que os direitos ali previstos não excluem outros que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Conforme se desce na hierarquia tradicional ou se sobe na escala inversa trabalhista, vão-se encontrando normas de maior expressão numérica e de maior manifestação protetiva. Enfim, em tese, nas normas de menor hierarquia tradicional encontram-se as expressões mais intensas de tutela à dignidade do trabalhador. Nessa perspectiva, no conflito de normas aplicar-se-ia sempre a de menor hierarquia tradicional. Contudo, a prática normativa nem sempre segue os princípios estabelecidos, havendo casos em que a legislação, ao invés de ampliar a tutela, segue caminho oposto, importando a regra que determina a escolha da norma mais favorável.

Quando se opta pela norma mais favorável, a norma preterida não é formalmente derogada, continuando a vigorar, em caráter concorrente, em relação aos demais empregados não abrangidos por norma mais favorável, pois a norma que, num caso pode ser entendida como prejudicial, noutro pode não o ser.

De forma sintética, far-se-á uma exposição sistemática de outros aspectos práticos da aplicação da regra da norma mais favorável, a fim de facilitar a sua compreensão superficial como instrumento do princípio de proteção e este como fundamento de uma nova teoria da relação de emprego amparada na cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quanto aos limites de sua aplicação, tem-se entendido inaplicável em relação às normas proibitivas, como no caso de norma coletiva que prevê adicional noturno de 75% para o menor de 18 anos, pois o art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre ao menor de 18 anos. Numa análise superficial, a norma coletiva seria mais favorável ao empregado, não obstante



esteja afrontando norma proibitiva destinada a proteger os interesses da criança e do adolescente.

Na aplicação da regra da norma mais favorável, há o problema do critério e o problema da medida de comparação das normas em cotejo. Quanto ao problema do critério de aplicação, a regra se aplica analisando-se o conteúdo das normas concorrentes, e não seus efeitos econômicos, pois estes são questões estranha ao Direito. Também, a comparação das normas deve levar em consideração a situação da coletividade dos trabalhadores, e não de um trabalhador tomado isoladamente, e a análise não é feita de forma subjetiva pelos interessados, mas objetivamente, de acordo com os motivos que inspiraram a criação da norma. Por fim, a comparação das normas deve ser feita de forma concreta e particular, e não de forma abstrata. O exemplo trazido por Plá Rodriguez ajuda na compreensão: uma convenção estabelece cláusula de escala móvel de revisão salarial toda a vez que o custo de vida variar em 10% para mais ou para menos. Norma legal pode estabelecer a variação em 5%. No caso de alta do preço, prevalece a lei, mas no caso de baixa, a convenção.³³⁵

O segundo problema colocado diz respeito à unidade da medida de comparação. É que as normas geralmente não vêm dispostas isoladamente, mas em instrumentos orgânicos. Assim, a norma, assim como uma célula, integra um corpo de normas e resta estabelecer o critério a ser usado na aferição da natureza mais benéfica da norma, se vista isoladamente, como uma célula, ou de forma orgânica, como um corpo de normas. O critério interessa, pois um instrumento normativo pode conter algumas disposições favoráveis e outras prejudiciais.

Há duas teorias para resolver o problema da unidade de comparação, a teoria do conjunto ou do conglobamento e a teoria da acumulação ou atomista. Pela primeira, a comparação deve considerar as normas em seu conjunto, em sua unidade. Pela teoria da acumulação, permite-se que a comparação se dê em relação a cada



disposição das normas aplicáveis à relação. A escolha entre as teorias, considerando a regra da norma mais favorável estar sob o manto do princípio de proteção, deveria recair inevitavelmente sobre a teoria da acumulação ou atomista, de forma que se pudesse sempre resolver o caso concreto a favor do trabalhador. Nesse caso, se escolhe a norma específica de cada corpo normativo para resolver a antinomia. Contudo, a jurisprudência³³⁶ firmou entendimento de que deve prevalecer a teoria do conglobamento. Essa teoria tem evidente caráter subjetivo, pois permite ao intérprete confrontar valorativamente a natureza mais benéfica de conjuntos normativos em sua inteireza, colocando na balança normas de conteúdos e valores diversos.

4.1.1.3 Regra da condição mais benéfica

A regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta (materialidade fática) anteriormente reconhecida e determina que ela deve ser respeitada na medida em que seja mais vantajosa ao trabalhador. Plá Rodriguez reconhece que a regra se confunde, na prática, com a regra da norma mais

³³⁵ PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 57.

³³⁶ “Acordo coletivo e convenção coletiva. Aplicabilidade. Instrumento coletivo mais benéfico. Inteligência do art. 620 da CLT. Teoria do conglobamento. Deve a norma coletiva ser interpretada levando-se em conta a Teoria do Conglobamento ou da Incindibilidade, a qual não admite a invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula, abstraindo-a do conjunto que compõe a totalidade da negociação coletiva.” (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Ac. n. 9907/03, Juiz Gilmar Cavalheri - Publicado no DJ/SC em 14.10.2003). No mesmo sentido: “Complementação de aposentadoria. Abono e reajuste salarial. Inativos. Convenção coletiva e a não prevalência sobre cláusula constante em acordo coletivo. Exegese do art. 620 da CLT. Pretende o Reclamante, na inicial, o reajuste de 5,5% da complementação de aposentadoria e o pagamento de abono único previstos na Convenção Coletiva de Trabalho de 2001/2002, celebrada entre a FENABAN e os sindicatos bancários. O cerne da controvérsia em exame é a prevalência da Convenção Coletiva sobre o Acordo Coletivo celebrado. No caso em tela, a teoria do conglobamento impede a aplicação do comando inserido no art. 620 da CLT, pois o Acordo Coletivo, dada a sua especificidade à peculiar situação dos empregados do BANESPA (período de transição pós privatização), tornou-se mais benéfico aos referidos empregados que a Convenção Coletiva na qual se respaldam as pretensões do Autor. Ainda sob o prisma da teoria do conglobamento vale observar que o Reclamante não requer a aplicação integral da Convenção Coletiva em detrimento do Acordo Coletivo. Limita seu pedido a cláusulas específicas pinçadas na Convenção Coletiva de Trabalho. Recurso de Revista conhecido e não provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1009/2002-074-15-00, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de Fernandes, publicado DJ de 08.04.2005).



favorável. Contudo, assim não é, pois, enquanto a regra da norma mais favorável substitui no âmbito do Direito do Trabalho os critérios tradicionais de solução de antinomias da especialidade e hierárquico, a regra da condição mais benéfica substitui o critério cronológico.

Para resolver conflito normativo no âmbito trabalhista entre uma norma especial e outra geral ou entre norma superior e inferior, deve-se aplicar a regra da norma mais favorável. Se o conflito é entre uma norma anterior com uma posterior, aplica-se a regra da condição mais benéfica. É que no primeiro caso a antinomia se dá entre normas contemporâneas; e no caso da regra da condição mais benéfica há o confronto de uma condição com outra anterior, ou seja, o confronto se estabelece entre normas vigentes em tempos diferentes. Se há uma condição mais benéfica há de haver outra menos benéfica ou prejudicial ao trabalhador, ou seja, condições que se sucedem cronologicamente. Assim, enquanto no direito comum prevalece a norma posterior, no âmbito trabalhista isso fica condicionado à norma posterior ser mais benéfica ao empregado.

Apesar de a regra dizer respeito ao confronto de condições, aqui se entende condição como o efeito da norma, ou seja, da norma se infere uma condição, assim como a condição adotada na prática de forma reiterada se incorpora como disposição tácita do contrato de trabalho e, por isso, adquire a natureza de norma contratual.

Um exemplo de aplicação da regra da condição mais benéfica é a alteração do regulamento de empresa suprimindo garantias, caso em que não altera a condição reconhecida aos empregados da época da alteração, alcançando somente os contratos futuros, conforme entendimento cristalizado na Súmula n. 51 do TST.³³⁷

³³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 51: “Norma Regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão



Quanto à denúncia ou modificação de convênios coletivos, Plá Rodriguez sustenta que aqui também as alterações, desde que prejudiciais, somente teriam eficácia em relação aos futuros empregados integrados ao estabelecimento, não afetando as condições reconhecidas nos contratos em curso. Contudo, esse não parece ser o entendimento correto. É que os convênios coletivos, assim entendidos os acordos e as convenções coletivas, têm duração expressamente limitada no tempo, conforme prescreve o art. 614, § 3º, da CLT, em até dois anos.

Assim, a discussão passa pela ultra-atividade das normas coletivas. Conforme destaca Umberto Grillo,³³⁸ prevalece o entendimento segundo o qual as normas coletivas previstas em instrumentos normativos com eficácia temporal preestabelecida não se incorporam ao contrato individual de trabalho, exceto quanto às repercussões econômicas – por exemplo, reajustes ou aumentos salariais e aumento real. Isso é o que dispõe a Súmula n. 277 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.³³⁹ Délio Maranhão, contudo, diverge desse posicionamento sustentando que:

a eficácia normativa, tanto da convenção coletiva como da sentença proferida em dissídio coletivo, é, efetivamente, temporária. Apenas não se justifica, juridicamente, que se conclua daí que, vencido o prazo de vigência, cessem as vantagens

os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro” (com nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial n. 163 da SDI-1 – Resolução n. 129/2005, DJ 20.04.2005). Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 17h05min.

³³⁸ GRILLO, Umberto. *Eficácia no tempo das condições estipuladas nos acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas*. In: *Relações Coletivas de Trabalho*. Coordenação de João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1989, p. 396-403.

³³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 277: “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos” (Resolução n. 10/1988, DJ 01.03.1988). Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 17h06min.



adquiridas pelos trabalhadores quando aqueles instrumentos normativos se encontravam em pleno vigor.³⁴⁰

Com isso, assevera ser insustentável a referida Súmula n. 277.

O princípio de proteção é a verdadeira razão de ser do Direito do Trabalho, ou seja, se não fosse esse atributo, bastaria deixar a relação de emprego regida pelo contrato de prestação de serviço do Código Civil, de caráter liberal e individualista. Se existe princípio de proteção, haverá Direito do Trabalho e vice-versa. Disso resulta que o princípio de proteção tem fundamento no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao proclamar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e dizer que esses direitos constituem garantias mínimas a partir das quais outras podem ser instituídas visando à melhoria de sua condição social. Repousa nesse dispositivo constitucional o vértice do princípio em tela, que se manifesta em todas as demais expressões constitucionais sobre o trabalho.

A República brasileira, como já aduzido, tem como fundamento o valor social do Trabalho (art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988), e como objetivos fundamentais a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º da Constituição Federal de 1988). O trabalho é um direito social (art. 6º da Constituição Federal de 1988) e integra os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição, que contempla cinco capítulos (direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos). Assim, os direitos sociais integram os direitos e garantias fundamentais da Constituição, sendo, por isso, cláusulas pétreas imutáveis pelo poder constituinte derivado, conforme dispõe o art. 60,

³⁴⁰ MARANHÃO, Délio. *Dos instrumentos trabalhistas normativos e do limite de sua eficácia no tempo*. In: *Relações Coletivas de Trabalho*. Coordenação de João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1989, p. 394.



§ 4º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988. Os direitos sociais constituem-se em instrumento principiológico e normativo para a efetividade do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Oportuna a observação de Dinaura Godinho Pimentel Gomes ao dizer que:

Diante dos princípios e regras constitucionais, que têm por fim proteger a pessoa humana, o bem jurídico trabalho foi erigido pela Constituição Federal como valor social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV). Além disso, a mesma Lei Maior impõe ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social a ter por base o primado do trabalho (art. 193).³⁴¹

Daí que uma nova teoria da relação de emprego deve edificar-se no princípio de proteção.

4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.2.1 Evolução do pensamento ocidental sobre dignidade da pessoa humana

A evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana não encontra um marco temporal determinado, pois suas manifestações são inerentes às expressões de sobrevivência da espécie humana, ou seja, o instinto de autopreservação da espécie sempre gerou a necessidade de preservar, ainda que inconscientemente e sem qualquer formalidade, a condição humana. As crenças, como instrumentos do ser humano para justificar o incompreensível, atribuem, com variações argumentativas, ao ser humano a manifestação micro da estrutura macro. Ao macro pode-se atribuir vários sentidos, sendo o mais utilizado a figura de Deus.

³⁴¹ GOMES, 2005, p. 136.



O processo de transmutação da organização feudal para a da sociedade moderna teve inspiração filosófica no iluminismo³⁴² e no racionalismo.³⁴³ A partir dessas novas concepções, o homem provido de razão passa a ser regido por leis inatas a tal condição (jusnaturalismo), afastando a possibilidade de um dos mais característicos elementos da produção de riquezas do feudalismo, a servidão. Isso porque, se o ser humano é provido de direitos inatos, decorrentes de sua própria natureza, ele deve ser livre, não podendo ser escravo ou servo.

³⁴² “Período do pensamento europeu caracterizado pela ênfase na experiência e na razão, pela desconfiança em relação à religião e às autoridades tradicionais, e pela emergência gradual do ideal de sociedades liberais, seculares e democráticas. Na Inglaterra do século XVII, o movimento já pode ser apreciado nos textos de Francis Bacon e de Hobbes, assim como na França, na obra de Descartes, através da nova ênfase na independência da razão. No entanto, foi só no século XVIII que se deu o completo florescimento do Iluminismo, especialmente na França, na Escócia, e na Alemanha, onde a filosofia crítica de Kant foi ao mesmo tempo uma espécie de apogeu e o primeiro presságio do período romântico que se seguiu. Embora seja difícil encontrar doutrinas positivas comuns a todos esses pensadores, o Iluminismo está associado a uma concepção materialista dos seres humanos, a um otimismo quanto a seu progresso por meio da educação e a uma perspectiva em geral utilitarista da sociedade e da ética. No entanto, a Constituição dos Estados Unidos, que não é documento utilitarista (baseando-se antes numa ética de direitos naturais), é freqüentemente apontada como um texto que incorpora de forma concreta os ideais Iluministas” (BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 196).

³⁴³ “Qualquer filosofia que enfatize o papel da razão, que nesta perspectiva garante a aquisição e a justificação do conhecimento sem auxílio. A preferência pela razão em detrimento da experiência sensorial como fonte do conhecimento começou com os eleatas e teve um papel central no platonismo. Seu desenvolvimento moderno mais significativo foi a crença do século XVII segundo a qual o paradigma do conhecimento era a intuição intelectual e não sensorial que Deus teria de todas as coisas, e da qual os seres humanos teriam experiência no seu contato com a matemática. Os racionalistas do continente europeu, nomeadamente Descartes, Leibniz e Espinosa, com freqüência são contrastados com os empiristas britânicos (Locke, Berkeley e Hume), mas esta oposição simplifica exageradamente uma realidade mais complexa. Por exemplo, vale a pena notar que Descartes aprova até certo ponto a investigação empírica e que Locke partilha, em certa medida, a concepção racionalista segundo a qual o verdadeiro conhecimento é uma espécie de intuição intelectual. Apesar da autoridade de Kant, a história subsequente da filosofia tendeu a minimizar ou até a negar a possibilidade de conhecimento *a priori*; logo, as formas de racionalismo que dependiam dessa categoria também entraram em declínio. Contudo, a idéia de que a mente surge já com categorias pré-formadas que determinam a estrutura da nossa linguagem e as maneiras como pensamos sobreviveu na obra de lingüistas influenciados por Chomsky. O termo racionalismo é também usado de maneira mais geral para denotar qualquer humanismo anticlerical e anti-autoritário, mas



De acordo com a concepção racionalista, o ser humano é naturalmente livre e possuidor de direitos inerentes a essa sua própria condição. Por isso, o ordenamento jurídico não pode contrariá-los, visto que anteriores à própria formação da sociedade, do Estado e do Direito Positivo. A dignidade da pessoa humana tem sua concepção moderna fundada no iluminismo.

Com isso, as religiões modernas, principalmente as ocidentais, atribuem ao ser humano a condição de imagem e semelhança de Deus, muito embora outras religiões politeístas concebiam a condição divina a seres humanos concretos e históricos, como o budismo³⁴⁴ e o hinduísmo³⁴⁵. Assim, as religiões serviram, e ainda servem, como justificativa moral para a preservação e a tutela da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar a Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII, em 1891, denunciando as condições desumanas as quais eram submetidos os trabalhadores e propondo mudança nas atitudes sociais.

Após o advento do Direito Moderno, a justificação da dignidade da pessoa humana teve preponderante fundamentação no Direito Natural. Em 1922, Georges

infelizmente são os empiristas como Hume que são, neste outro sentido, racionalistas” (BLACKBURN, 1997, p. 196).

³⁴⁴ “Budismo é uma religião e filosofia baseada nas escrituras e na tradição leiga e monástica iniciadas por Siddhartha Gautama, o Buda histórico, que viveu aproximadamente entre 563 e 483 a.C. Surgiu originalmente na Índia e de lá se espalhou através da Ásia, Ásia Central, Tibete, Sri Lanka (antigo Ceilão), Sudeste Asiático como também para países do Leste Asiático, incluindo China, Myanmar, Coréia, Vietnã e Japão. Hoje o Budismo se encontra em quase todos os países do mundo, amplamente divulgado pelas diferentes escolas budistas, e conta cerca de 376 milhões de seguidores.” Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Budismo>>. Acesso em: 29 ago 2006, às 22h51min.

³⁴⁵ “O Hinduísmo é uma religião henoteísta tradicional da Índia. Considerada a mais antiga das grandes religiões do mundo ainda em prática, o hinduísmo é caracterizado por uma diversidade de sistemas de crenças, práticas e escrituras. Tem origem na antiga cultura Védica em cerca de 3000_a.C.. É a terceira maior religião do mundo com aproximadamente 1050 milhões de seguidores, 96% dos quais no subcontinente indiano. Mas também é influente em Bangladesh, Nepal, Indonésia, Sri Lanka, e no Paquistão.” Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hinduismo>>. Acesso em: 29 ago 2006, às 22h52min.



Scelle, especificamente quanto ao Direito do Trabalho, já sustentava que se poderia arrendar uma coisa ou um animal, mas não se poderia arrendar um trabalhador, porque isso se oporia a dignidade humana, e tampouco arrendar uma faculdade do homem, porque não se pode separar de sua personalidade.³⁴⁶ Mas isso aconteceu principalmente depois das atrocidades da Segunda Grande Guerra e pelo esgotamento do juspositivismo como instrumento de paz social e mundial. Assim, vários autores que antes defendiam fervorosamente o positivismo jurídico passaram a apregoar um direito acima das leis do homem. É o caso de Gustav Radbruch, um dos mais festejados filósofos das primeiras décadas do século XX, que era um relativista quando publicou a edição completa de sua filosofia do Direito, em 1932, e tornou-se defensor convicto do Direito Natural, depois do nazismo.³⁴⁷

De fato, na obra de Radbruch, percebe-se claramente sua opção ao sustentar o que hoje serve de argumento para os defensores da defesa da dignidade da pessoa humana, que a pretensão do Direito Natural é fazer derivar de suas fontes preceitos jurídicos universais e imutáveis com determinado conteúdo.³⁴⁸ Pelo paradigma do Direito Natural, tem-se a idéia de imutabilidade, ou seja, a noção de princípios intemporais, a idéia de universalidade, o acesso aos conteúdos axiológicos através da razão, da intuição e da revelação; tendo o Direito a função não é comandar, mas qualificar como justa ou injusta uma conduta, com vinculação entre norma e valor (valor-fonte).³⁴⁹

³⁴⁶ Cf. DE LA CUEVA, 1999, p. 183. (En el *Derecho obrero*, ese libro visionario de 1922, el maestro francés escribió un párrafo inolvidable: “Se puede dar en arrendamiento una cosa o un animal, pero no se puede alquilar un trabajador, porque se opone a la dignidad humana; y tampoco puede alquilarse una facultad del hombre, porque no se la puede separar de la persona física”).

³⁴⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 19.

³⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 62.

³⁴⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 36.



O primeiro texto constitucional a contemplar expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana foi a Constituição italiana de 1947, ao prescrever que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais ou sociais”.³⁵⁰

Importante instrumento normativo, a elevar a dignidade da pessoa humana a categoria de preceito universal, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Em seu preâmbulo, a primeira consideração incorpora o valor da dignidade da pessoa humana, ao dizer: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Em seu artigo 1º, dispõe que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.³⁵¹

A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949,³⁵² dispõe, em seu art. 1º, ao tratar dos direitos fundamentais, que: “A dignidade

³⁵⁰ Direitos Humanos: Declarações de Direito e Garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 161. Trata-se do texto do art. 3º da Constituição da República Italiana: “Tutti cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

³⁵¹ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2006, às 22h55min.

³⁵² Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Em sessão pública realizada em Bonn am Rhein, em 23 de maio de 1949, o Conselho Parlamentar declarou que a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, decretada pelo Conselho Parlamentar em 8 de maio de 1949, foi ratificada na semana de 16 a 22 de maio do mesmo ano pelos representantes de mais de dois terços dos Estados alemães participantes. Com base nessa declaração, o Conselho Parlamentar, representado por seus Presidentes, assinou e promulgou a Lei Fundamental. A Lei Fundamental foi publicada no *Diário Oficial Federal (Bundesgesetzblatt)*, conforme dispõe o seu artigo 145,



da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la”.

No mesmo sentido de incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana como norma constitucional, a Constituição da República Portuguesa³⁵³, após a derrubada do regime fascista, decretada pela Assembléia Constituinte, em 2 de abril de 1976, dispõe, em seu art. 1º, que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Na história do constitucionalismo republicano brasileiro³⁵⁴, a primeira Constituição a referir o princípio da dignidade da pessoa humana foi a promulgada em 1988. Em seu art. 1º, dispõe que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

§ 3 (Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/introducao_20constituicao.html>. Acesso em: 14 mar. 2006, às 17h14min).

³⁵³ Sobre a incorporação de Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento do Direito constitucional português, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

³⁵⁴ Sobre a evolução constitucional brasileira dos direitos fundamentais da pessoa humana, ver BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos. Paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



Por isso, percebe-se que a incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana aos textos normativos estatais é algo relativamente recente na história do Direito. Ainda há muito a ser feito pela comunidade jurídica no sentido de definir os contornos conceituais e, como desafio mais importante, estabelecer os parâmetros para sua efetivação. Isso porque um modelo de sociedade que não considere a dignidade da pessoa humana coloca em risco sua própria existência.

4.2.2 Conceito de dignidade da pessoa humana

Na fixação de diretrizes para uma nova teoria da relação de emprego, o ponto crucial é a consideração do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, faz-se necessário estabelecer o conceito a ser utilizado nesse aspecto. Nesse tema, há uma dificuldade reconhecida de se conceituar o que seja dignidade da pessoa humana.³⁵⁵ Há, de fato, até certo receio e muita prudência na conceituação, pois conceituar é estabelecer os limites do objeto. Quando se conceitua, diz-se o que é determinada coisa, podendo-se deixar de fora algum aspecto que a materialidade fática pode trazer nos casos práticos. A imaginação do ser humano nunca será capaz de contemplar toda a diversidade e complexidade da realidade.

Um aspecto preliminar que é preciso deixar claro é que a dignidade da pessoa humana é um valor prévio ao Direito, ou seja, a dignidade não é constituída pelo ordenamento jurídico, mas sim reconhecida e, ainda que não seja, continua a existir como um valor a ser tutelado. A dignidade da pessoa humana é um valor universal, pois onde houver ser humano e expressão de sua condição haverá dignidade da pessoa humana.

³⁵⁵ É oportuna a observação de Ingo Wolfgang Sarlet de que “não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas” (SARLET, 2004, p. 41).



A dignidade da pessoa humana é uma condição *a priori* ao ordenamento jurídico, que só faz reconhecê-la.³⁵⁶ Assim, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o seguinte conceito:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁵⁷

Do conceito de dignidade da pessoa humana no âmbito da tutela da relação de emprego, importa inferir elementos que permitam buscar formas de garantir tal princípio fundamental da Constituição. Nesta tese, busca-se expor fundamentos para

³⁵⁶ Ingo W. Sarlet acrescenta que “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente” (SARLET, 2004, p. 41-42). O constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder. Usualmente, para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, votada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, na qual se proclama a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima. Do ponto de vista conceitual, não existem diferenças substanciais entre a *Déclaration* francesa e os *Bills* americanos, dado que todos amadureceram no mesmo clima cultural dominado pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo: os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir como direitos do cidadão (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 353).

³⁵⁷ SARLET, 2004, p. 60.



uma nova teoria da relação de emprego como instrumento de efetividade para o princípio da dignidade da pessoa humana na seara das relações trabalhistas, especificamente quanto à tutela dos direitos da personalidade.

4.2.2.1 Direitos do homem e direitos fundamentais

Freqüentemente surgem dúvidas conceituais e de abrangência acerca das expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais”.³⁵⁸ A importância conceitual não é meramente acadêmica, visto que um tem garantias normativas correspondentes, enquanto o outro carrega uma forte carga de abstração, mormente considerando a tradição brasileira positivista. J. J. Gomes Canotilho formula a seguinte distinção:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.³⁵⁹

Igualmente Paulo Bonavides enfrenta a questão indagando se as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” podem ser usadas como sinônimos. Esclarece que há

emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás, com

³⁵⁸ Sobre essa distinção, ver também GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.



a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.³⁶⁰

Com base nas lições de Konrad Hesse, Bonavides acrescenta que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. E prossegue:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantias ou de seguranças; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.³⁶¹

Na esteira de distinção entre direitos fundamentais e direitos do homem, Guilherme Moraes acrescenta que

[...] a dicção “direitos do homem” é restrita para designar direitos inerentes à natureza humana, decorrente do Direito Natural, que subsistem fora do ordenamento jurídico, não mantendo relações com a ordem econômica, social, cultural e política, enquanto que direitos fundamentais determinam direitos que não são originários, unicamente, do Direito Natural, existindo dentro do ordenamento jurídico e mantendo relação com a organização social, econômica, cultural e política.³⁶²

O conceito de Luigi Ferrajoli merece referência, pois propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais ao dizer que: “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem

³⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 560.

³⁶¹ BONAVIDES, 2003, p. 560-561.



universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir [...]”.³⁶³ Para Ferrajoli, os direitos fundamentais têm, assim, três características definidoras: ser um direito subjetivo, ser um direito universal e ser um direito indisponível. Assim explica seus elementos estruturais:

a) a forma universal de sua imputação, entendendo-se universal no sentido lógico e não valorativo de qualificação universal da classe de sujeitos que, como pessoas, cidadãos ou pessoas capazes de agir, sejam seus titulares; b) seu estatuto de regras gerais e abstratas, significa dizer, do que é chamado “normas téticas”,³⁶⁴ em oposição às “normas hipotéticas” que dispõem, como efeitos hipotéticos, as situações singulares dispostas pelos atos negociais, por exemplo, que prevêm em hipótese; c) seu caráter indisponível e inalienável, em tanto incumbem de igual forma e medida a todos seus titulares, por oposição aos direitos patrimoniais e as restantes situações singulares que pertencem a cada um com exclusão dos demais.³⁶⁵

³⁶² MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997, p. 141.

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 19. (“son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”). O autor entende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica. E por *status* a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua legitimidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercidos por essas situações.

³⁶⁴ “he llamado normas téticas a las que inmediatamente disponen, en forma general y abstracta, las situaciones expresadas mediante ellas (por ejemplo, las que enuncian los derechos fundamentales, o las que imponen prohibiciones penales o las normas de la señalización vial) y normas hipotéticas a las que no disponen inmediatamente nada, sino que pre-disponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas como hipótesis (por ejemplo, las normas del código civil que pre-disponen derechos patrimoniales u obligaciones civiles como efectos de actos negociales” (FERRAJOLI, 2001, p. 292, nota 5).

³⁶⁵ FERRAJOLI, 2001, p. 292. “(a) la forma universal de su imputación, entendido universal en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que llamado normas téticas, en oposición a las normas hipotéticas que, en cambio, pre-disponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociales por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y



Assim, podem-se conceituar os direitos fundamentais contemplando os direitos do homem quando o ordenamento jurídico positivado incorpora tais direitos em sua expressão normativa como direitos subjetivos das pessoas, num determinado tempo e espaço, através de garantias que lhe certifiquem a eficácia, em razão de sua natureza de indisponibilidade.

Outro aspecto que merece atenção é a distinção que pode ser estabelecida entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”³⁶⁶. Para Guilherme Moraes, “A locução ‘direitos fundamentais’ tem obtido a preferência da doutrina e dos textos constitucionais para designar as prerrogativas conferidas ao indivíduo, pela Constituição, em face do Estado e da sociedade”.³⁶⁷ E ainda sobre a distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, aduz o referido autor que:

[...] direitos humanos são conceituados como faculdades e instituições de Direito natural que, em um determinado tempo e lugar, concretizam as exigências básicas de liberdade, dignidade e igualdade humanas, sendo objeto de positivação nas Declarações de Direitos Internacionais, enquanto que, no plano interno, deveriam ser objeto de positivação nas Constituições, mas não o foram. Ao contrário, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos humanos reconhecidos e garantidos, no plano interno, pela Constituição. Isto posto, os direitos humanos constituem uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, que, por sua vez, consistem em uma classe descritiva dos direitos humanos.³⁶⁸

Dorothee Susanne Rüdiger adverte que a

medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás).

³⁶⁶ Sobre a fundamentação constitucional dos Direitos Humanos, ver PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

³⁶⁷ MORAES, 1997, p. 139.

³⁶⁸ MORAES, 1997, p. 140.



[...] formalização dos direitos humanos significa, ao mesmo tempo, que agora valem somente em relação ao Estado que os reconhece. Direitos naturais do homem tornam-se direitos civis, direitos do cidadão e, portanto, relativos. O direito natural de resistência da burguesia contra o feudalismo e a aristocracia torna-se direito positivo sujeito a limitações impostas pelo ordenamento normativo burguês.³⁶⁹

4.2.2.2 Direitos fundamentais e garantias constitucionais

Para melhor compreensão do conceito de direitos fundamentais, importa distingui-lo da noção de garantias constitucionais. Será que as garantias constitucionais são direitos fundamentais? Robert Alexy já coloca essa questão:

Pode pensar-se na seguinte resposta simples: normas de direito fundamental são aquelas que são expressadas através de dispositivos *jusfundamentales*, e disposições *jusfundamentales* são exclusivamente enunciados contidos no texto da Constituição. Esta resposta apresenta dois problemas. O primeiro consiste em que, como nem todos os enunciados da Constituição expressam normas de direito fundamental, pressupõe um critério que permita classificar os enunciados da Constituição naqueles que expressam normas de direito fundamental e naqueles que não. O segundo problema pode formular-se com a pergunta acerca de se as normas de direito fundamental são somente àquelas que são expressadas diretamente por enunciados da Constituição.³⁷⁰

Talvez a distinção não tenha efeito prático e seja meramente doutrinária, mas, para Guilherme Moraes,

³⁶⁹ RÜDIGER, 1999. p. 17-32.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 62-63. ("Puede pensarse en la siguiente respuesta simple: normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presente dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental



Garantias constitucionais [...] são, essencialmente, formalidades assecuratórias do exercício de direitos fundamentais, ou seja, objetivam amparar seus beneficiários contra atentados de quaisquer natureza, constringendo as ações contra eles direcionadas a permanecerem dentro da ordem jurídica, fundamentadas, destarte, na prevenção.³⁷¹

Nessa esteira, os direitos fundamentais são as normas que transportam os valores jurídicos, enquanto as garantias constitucionais são as tutelas formais que protegem aqueles direitos das violações de toda ordem. Assim, as garantias constitucionais são o meio pelo qual a ordem constitucional assegura a efetividade dos direitos fundamentais, como elementos assecuratórios de tais direitos, representando uma blindagem jurídica. Luigi Ferrajoli, porque insere no seu conceito de direitos fundamentais a noção de direito subjetivo, este sendo como a expectativa jurídica que corresponde a uma obrigação ou a uma proibição,³⁷² traz a idéia de garantias primária e secundária. A garantia primária são as próprias obrigações ou proibições previstas na norma jurídica, enquanto a secundária é a obrigação de aplicar a sanção ou de declarar a nulidade das violações das garantias primárias.³⁷³

Podem ser mencionados como garantias constitucionais, na Constituição Federal de 1988, os seguintes dispositivos: inviolabilidade da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, inc. VI), inviolabilidade da “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inc. X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI) e inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na

realmente pertenecen solo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados da la Ley Fundamental).

³⁷¹ MORAES, 1997, p. 151.

³⁷² FERRAJOLI, 2001, p. 46-47.

³⁷³ FERRAJOLI, 2001, p. 45-46.



forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inc. XII), entre outros.

De fato, como leciona Pinto Ferreira, “[...] as garantias constitucionais são os instrumentos práticos ou os expedientes que asseguram os direitos enunciados”. E continua: “Trata-se de uma maneira prática de proteger o indivíduo contra o poder, a pessoa humana contra o abuso de autoridade pública, nessa luta histórica e secular que se trava na sociedade”.³⁷⁴

No aspecto próprio da dignidade da pessoa humana como norma fundamental da ordem constitucional brasileira, importa reconhecer que a enunciação não é meramente declaratória, no sentido de ser um valor abstrato e intangível, mas sim decorrendo direitos subjetivos, bem como deveres fundamentais de promoção da norma. Essa é a idéia que se infere da exposição de Ingo Wolfgang Sarlet de que o dispositivo constitucional (art. 1º, inc. III) contém não apenas mais de uma norma, mas que essas normas, para além de seu enquadramento na condição de princípio fundamental, são também base de situações subjetivas concretas, ou seja, o dispositivo contempla direitos e garantias e também deveres fundamentais. É o que o autor chama de dupla função da dignidade da pessoa humana: defensiva e prestacional, “de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade [...]”.³⁷⁵

³⁷⁴ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 131.

³⁷⁵ SARLET, 2004, p. 68-69.



4.2.2.3 Direitos fundamentais e direitos de personalidade

Na mesma linha de elucidação conceitual, impõe-se mencionar a delimitação das expressões “direitos fundamentais” e “direitos de personalidade”. Nesse sentido, é a lição de J. J. Gomes Canotilho, que esclarece a questão ao dizer:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestação por não serem inerentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.³⁷⁶

Guilherme Moraes, à guisa de distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, sustenta que

[...] os direitos de personalidade, além de uma extensão quantitativamente inferior em face dos direitos fundamentais, diferem-se destes [...] pois] os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, ao passo que os direitos de personalidade pressupõem relações de igualdade. Quanto à projeção, os direitos fundamentais apresentam uma incidência imediata publicista ainda que promova efeitos nas relações entre particulares, enquanto que os direitos de personalidade apresentam uma incidência imediata privatística.³⁷⁷

Outra sistematização interessante é feita por Luigi Ferrajoli a partir de seu conceito de direitos fundamentais (*son derechos fundamentales todos aquellos*

³⁷⁶ CANOTILHO, 2003, p. 396.

³⁷⁷ MORAES, 1997, p. 147.



derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar). Sendo os direitos fundamentais direitos subjetivos, impõe-se definir o *status* do sujeito titular do direito, apontando as três categorias de sujeitos: pessoas físicas, cidadãos e pessoas capazes de agir. Ferrajoli reconhece que a primeira categoria inclui as outras duas. É considerando o *status* do sujeito que ele faz quatro combinações de direitos a partir da relevância ou irrelevância desse *status* como pressuposto do Direito. Com isso, obtém quatro classes de direitos: os direitos humanos, os direitos civis, os direitos públicos e os direitos políticos. Aduz que os direitos humanos pertencem a todas as pessoas nessa condição, inclusive as que não são cidadãos e nem capazes de agir. Os direitos civis pertencem às pessoas capazes de agir, independentemente de sua condição de cidadão. Os direitos públicos correspondem aos cidadãos, independentemente de sua capacidade de agir. Por fim, os direitos políticos correspondem somente às pessoas que sejam cidadãos e tenham capacidade de agir.³⁷⁸

Com pressuposto nessas quatro classes de direitos estabelecidas a partir do *status* do sujeito, Ferrajoli assevera que as duas primeiras classes (direitos humanos e direitos civis) pertencem à pessoa independentemente da sua condição de cidadão (cidadania) e são conhecidas como direitos da pessoa ou direitos da personalidade. As outras duas classes (direitos públicos e direitos políticos) referem-se ao cidadão e são conhecidas como direitos do cidadão ou da cidadania.³⁷⁹

³⁷⁸ FERRAJOLI, 2001, p. 293. “(a) los derechos humanos, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; b) los derechos civiles, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) los derechos políticos, que corresponden sólo a las personas que sean tanto en tanto ciudadanos como capaces de obrar”.

³⁷⁹ FERRAJOLI, 2001, p. 293.



4.2.3 *Dimensões dos direitos fundamentais*

De acordo com a evolução histórica do constitucionalismo ocidental, os direitos fundamentais podem ser classificados em dimensões³⁸⁰. São três dimensões de direitos fundamentais que se acrescentam cumulativamente. A Revolução Francesa, de 1789, teve como argumentos os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O ser humano almeja aquilo que não tem, o mesmo ocorrendo com os movimentos sociais. A civilização da época clamava por liberdade e igualdade, que não havia no regime anterior: absolutista. Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade. Segundo Paulo Bonavides, “Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. Tais direitos, continua o referido autor, “[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentem uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.³⁸¹

Já os direitos fundamentais de segunda geração surgem com o esgotamento do modelo liberal e com a necessidade de o Estado assumir seu papel de mediador dos conflitos sociais de classe, através do pacto social e do abandono do modelo de Estado absenteísta. No plano político, houve várias formas de expressão do Estado intervencionista, cabendo citar o *New Deal*, nos Estados Unidos, pela eleição de Roosevelt, em 1933; o fascismo³⁸² do entre guerras, principalmente na Alemanha, Itália,

³⁸⁰ Tem-se preferido o termo “dimensões” em detrimento de “gerações”, pois este pode sugerir a idéia de que esses direitos vão sendo superados pelos novos direitos, enquanto que, em verdade, eles vão sendo sobrepostos em relação aos anteriores, como dimensões de uma mesma manifestação. Assim, mesmo a referência ao termo “gerações de direitos” deve ser entendido no sentido de “dimensões dos direitos”.

³⁸¹ BONAVIDES, 2003, p. 563-564.

³⁸² Regime político totalitário que se caracteriza pelo domínio de um partido único, hipertrofia do aparelho policial, exaltação nacionalista, pregação do antiliberalismo e do



Espanha e Portugal; e o *Welfare State* do pós-Segunda Guerra Mundial. No início do século XX houve duas expressões de textos normativos que inauguram os direitos fundamentais de segunda geração, a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição Alemã de Weimar, de 1919.

Nesse contexto, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos. O surgimento do Direito do Trabalho tem referência nesse momento histórico, quando se supera o liberalismo econômico e jurídico e surgem normas de proteção ao cidadão-trabalhador. O individualismo é sublimado para dar espaço ao interesse coletivo e de classe.

4.2.4 Dignidade da pessoa humana como norma fundamental da Constituição brasileira

A Constituição Federal de 1988 elegeu como fundamento republicano, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Sendo um dos fundamentos da República, isso significa que não há República sem a dignidade da pessoa humana, assim como não há um prédio sem suas fundações. Portanto, a dignidade da pessoa

anticomunismo e defesa da ação do Estado como principal dirigente da economia nacional. Embora se tenha desenvolvido também na Alemanha (nazismo), Espanha (franquismo) e Portugal (salazarismo), foi na Itália, no período entre guerras, que o fascismo adquiriu um corpo doutrinário, que se materializou no governo de Benito Mussolini. No plano econômico, o fascismo combateu o capitalismo liberal típico do século XIX e aparelhou o Estado de organismos burocráticos para dirigir e controlar a atividade econômica e minimizar ao máximo as tensões sociais. Para realizar essa tarefa, os Estados fascistas instituíram o corporativismo, que se baseava na organização profissional e setorial de patrões e empregados. Embora em sua origem o fascismo se tenha caracterizado por forte sentimento anticapitalista, pois pregava uma nação livre do “capitalismo de rapina” — sobretudo o capital financeiro —, depois de investidos no poder os fascistas tornaram-se instrumento dos grandes grupos monopolistas italianos e alemães, aos quais interessava a política expansionista de grande nação e o combate ao movimento reivindicatório dos operários. Profundamente enraizado nos setores da classe média, o fascismo foi fruto da crise social e econômica em que a Europa enveredou após a Primeira Guerra Mundial — devastada pelo conflito por uma espiral inflacionária



humana é um dos pilares de sustentação da estrutura republicana brasileira, cabendo a todos, desde os cidadãos até a mais alta e complexa estrutura estatal, a preservação, realização, proteção e efetivação desse valor.

A dignidade da pessoa humana era vista como algo tão abstrato que não passava de representação do direito natural.³⁸³ O desafio histórico tem sido dar materialidade concreta, ou seja, efetividade a esse valor inerente à condição humana, transferindo seu fundamento da razão divina para a razão normativa. Em verdade, o desafio tem sido concretizar o que se entende ser a “norma das normas dos direitos fundamentais”.³⁸⁴ Paulo Bonavides adverte que:

Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na *práxis* dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são do mesmo passo titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.³⁸⁵

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser qualidade intrínseca ao ser humano – e, por isso, o ordenamento jurídico não a constitui, mas tão-somente a reconhece como valor normativo, instituindo as garantias destinadas a promover sua proteção –, o sistema constitucional brasileiro, como já exposto, a inclui como fundamento da organização político-social. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, infere-se que,

[...] ao tecermos algumas considerações a respeito do problema do significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana, notadamente, no que diz com sua condição de princípio normativo fundamental, já estamos tomando partido (no sentido de assumirmos um compromisso) com os entendimentos que conferem à dignidade da pessoa humana a qualificação de norma

incontrolável, pelo desemprego, e abalada pelas tensões políticas entre as correntes liberais, social-democratas e socialistas (SANDRONI, 1987, p. 119).

³⁸³ Ver BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Aguilar, 1980.

³⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Prefácio de SARLET, 2004, p. 14.

³⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. Prefácio de SARLET, 2004, p. 15.



jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional e, se formos considerar a universalização da dignidade no plano internacional, de todas as Constituições dos Estados que se integraram nesta ordem.³⁸⁶

Por isso, não resta dúvida de que a dignidade da pessoa humana é uma norma fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira.

4.2.4.1 Funções dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais não existem (ou não devem existir) somente no plano abstrato enunciativo. É preciso de tenham funções claras e definidas, pois, para sua efetivação, é preciso saber aonde se quer chegar. São as funções dos Direitos Fundamentais que dão o norte de atuação e realizados de tal instrumental jurídico. J. J. Gomes Canotilho enuncia as seguintes funções dos direitos fundamentais: função de defesa ou de liberdade, funções de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não-discriminação, e sobre eles discorre nos termos a seguir.³⁸⁷

A primeira e talvez a mais importante das funções dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade contra os atos do Estado e de outras instâncias políticas coativas. Prossegue Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).³⁸⁸

³⁸⁶ SARLET, 2004, p. 65.

³⁸⁷ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 407-410.

³⁸⁸ CANOTILHO, 2003, p. 408.



Quanto à função de prestação social, Canotilho acrescenta que:

Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, e pode obter a satisfação das suas “pretensões prestacionais” através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais: (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma prestação prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa); (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou prestações subjectivas dos indivíduos) a políticas sociais activas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão, é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição [...] individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas.³⁸⁹

No concernente à função de protecção perante terceiros, ao contrário da função de prestação, na qual o Estado tem o dever de adotar políticas públicas ativas destinadas a assegurar o acesso do cidadão aos direitos fundamentais, de forma concreta e eficaz, nesta função, tais direitos geram a obrigação de o Estado protegê-los contra as agressões concretas e possíveis de terceiros. No dizer de J. J. Gomes Canotilho, “da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar

³⁸⁹ CANOTILHO, 2003, p. 408-409.



medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros”.³⁹⁰

A função da não-discriminação tem sido uma das mais acentuadas atualmente, adotada a partir do princípio de igualdade, que concebe os direitos fundamentais como instrumentos para assegurar do Estado o tratamento igualitário aos cidadãos; como ao Estado, ainda na lição de J. J. Gomes Canotilho, tratar os seus cidadãos como fundamentalmente iguais. E prossegue dizendo que tal função

Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex.: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex.: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex.: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos e prestações (prestações de saúde, habitação).³⁹¹

Nesse sentido, oportuna a intervenção de Tarso Genro ao dizer que a aplicação da função de não discriminar dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas tem por escopo buscar

[...] conferir ao empregado igualdade de tratamento em situações idênticas, ou seja, o empregador não pode discriminar, no seu micropoder legiferante, *alguém em situação igual dentro do gênero*. Na verdade, traz, para dentro da relação contratual, a “igualdade” de todos perante a lei, afirmando que todos são iguais perante o poder diretivo do empregador.³⁹²

³⁹⁰ CANOTILHO, 2003, p. 409.

³⁹¹ CANOTILHO, 2003, p. 410.

³⁹² GENRO, 1994, p. 77.



No Brasil, importante instrumento legal para a efetivação do princípio de igualdade de acesso e permanência na relação de emprego é a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995,³⁹³ que em seu art. 1º dispõe que

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

As funções dos Direitos Fundamentais estão vinculadas à efetivação das garantias constitucionais que dão sustentação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que se faz realizar, no âmbito do Direito do Trabalho, pelo princípio de proteção.

4.2.5 Direitos da personalidade

A noção de dignidade da pessoa humana expressa um conceito principiológico abstrato, que precisa de instrumentos jurídicos que lhe confirmem eficácia normativa concreta. Assim, os direitos fundamentais são a expressão positivada da dignidade da pessoa humana, assim como também o são os direitos da personalidade. É também por meio da teoria dos direitos da personalidade que a cláusula da dignidade da pessoa humana se realiza nas relações sociais.

A todo ser humano é reconhecida personalidade, expressando-se na capacidade para ser sujeito de direitos e obrigações.

³⁹³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9029.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 16h38min.



Na classificação segundo o objeto da relação jurídica, pode-se distingui-los entre direitos da personalidade e direitos sobre coisas exteriores ao sujeito. Na primeira categoria, os direitos da personalidade podem considerar: a) o próprio ser do sujeito (seu corpo e seus membros, suas convicções e seus afetos, seu pudor e seu senso estético, sua intimidade, sua honra; b) suas potências, faculdades e qualidades, compreendendo-se, aqui, as liberdades de ir e vir, de domicílio, de expressão do culto, do pensamento, entre outros; c) o *status* ou situação do sujeito no plano social, a partir da sua nacionalidade, da família, da profissão, da classe, etc.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a personalidade não depende

da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o louco, o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.³⁹⁴

Direitos da personalidade seriam então todos os direitos inerentes à condição de ser humano, adquiridos a partir de seu nascimento ou ao longo de sua existência, imprescindíveis ao resguardo das condições necessárias a seu pleno desenvolvimento e realização.

Os autores são quase unânimes ao correlacionar o dano moral com a lesão a direitos da personalidade, sendo imprescindível então, na tentativa de melhor elucidar a matéria, trazer a lume uma noção mais específica desses direitos.³⁹⁵ Como sustenta Caio Mário da Silva Pereira, os direitos da personalidade são

³⁹⁴ PEREIRA, 1994, p. 142.

³⁹⁵ A jurisprudência pátria já acolheu a teoria pela qual o dano moral decorre da violação de direitos da personalidade, como se observa do seguinte julgado: “Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Após o advento da Constituição da República de 1988, a matéria referente aos direitos de personalidade e a conseqüente questão do dano



Os “inatos” (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis: absolutos, porque oponíveis *erga omnes*; irrenunciáveis, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode esta abdicar deles, ainda que para subsistir; intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso; imprescritíveis, porque poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixa de utilizá-los.³⁹⁶

Manoel Alonso Olea, citando Hegel, trata do imperativo jurídico segundo o qual: “seja pessoa e respeite os demais como pessoas”, interpretando-o como o dever de respeito aos direitos da personalidade:

Iríamos contra a primeira e mais pura regra do Direito: “não ferir a personalidade nem o que a ela concerne”, porque tal lesão afetaria a qualidade de pessoa do lesionado e, neste sentido, o despersonalizaria ou o reduziria à condição de objeto. Faríamos com que o homem renunciasse a sua vontade, “base de todo o direito e de todo o dever”, sobre a qual repousa sua liberdade, que é o que faz do homem qualitativamente homem, e cuja renúncia, portanto, “significaria renunciar o que o homem é”.³⁹⁷

Ante a inalienabilidade dos direitos personalíssimos, é importante desde já esclarecer que nenhum contrato pode eliminar tais direitos ou retirar-lhes de seu titular. Manoel Alonso Olea diz que:

Na versão inicial e concisa destas idéias, nos apontamentos de classe oral da Filosofia Real, Hegel conclui sua reflexão sobre o

moral, que a violação àqueles direitos pode ensejar, tem enquadramento constitucional, podendo ser objeto quer de reparação civil, quer penal, quer trabalhista. O aspecto diferenciador dirá respeito à origem da lesão, da relação em face da qual possa ser esboçado o fundamento do pedido” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR 711512/2000, Rel. Juíza convocada Eneida Melo, DJ 14.11.2003).

³⁹⁶ PEREIRA, 1994, p. 156. Frisa-se que para tal civilista, os direitos da personalidade podem ser adquiridos ou inatos, havendo sido destacado apenas o conceito desses últimos por ser nesse sentido que os direitos personalíssimos são empregados na definição de dano moral.

³⁹⁷ OLEA, Manoel Alonso. *Da escravidão ao contrato de trabalho*. Tradução de Sebastião Antunes Furtado. Curitiba: Juruá, 1990, p. 128



contrato com esta rotunda negação: “A respeito da minha honra e da minha vida não cabe contrato [...]. O contrato assenta a minha vontade numa particularidade da qual posso me desvincular”, anotando na margem, “o objeto do contrato é a propriedade [...] não a pessoa”. Ainda insistindo sobre a anotação, “no contrato sobre a minha pessoa [...] não existe nada vinculante”.³⁹⁸

Ainda com respaldo nas lições de Hegel, Alonso Olea acrescenta que:

A lesão não é meramente enorme, mas é infinita, se foi celebrada num contrato ou pacto, de qualquer classe, sobre um bem inalienável. O efeito da lesão, então, é a nulidade absoluta e radical do pacto ou contrato. De resto, quanto a que bens inalienáveis pensava Hegel, não resta dúvida, pois segue ao parágrafo transcrito uma referência expressa que fala dos que “constituem a minha personalidade”.³⁹⁹

Mesmo ante a imprecisão dos conceitos, é indubitável a relação do dano moral com os direitos da personalidade,. Todavia, imperioso destacar que os danos morais não representam apenas lesões a direitos da personalidade, mas a quaisquer valores imateriais, como a tranqüilidade e a paz de espírito, cuja lesão nem sempre se traduz em violação de direito personalíssimo.

4.2.5.1 Os direitos da personalidade em espécie

Para Edilson Pereira de Farias, “A classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento”.⁴⁰⁰

³⁹⁸ OLEA, 1990, p. 127

³⁹⁹ OLEA, 1990, p. 125.

⁴⁰⁰ FARIAS, 1996, p. 107.



Muitas são as classificações dos direitos da personalidade, sendo importante mencionar, para fins didáticos, a classificação de Carlos Alberto Bittar,⁴⁰¹ que os divide em três grupos: a) direitos físicos (à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem e à voz humana); b) direitos psíquicos (à liberdade – de pensamento, de expressão, de culto e outras –, à intimidade, ao segredo – ou sigilo, incluindo o profissional); e c) direitos morais (à identidade pessoal – nome e outros sinais característicos –, à honra externa ou objetiva e interna ou subjetiva, às criações intelectuais).

A honra, do latim, *honor*, de que se formou o verbo honrar (*de honorare*), indica a própria dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral. A honra reflete o sentimento que leva a pessoa a buscar a aceitação do grupo, pelo reconhecimento de seu comportamento baseado na probidade, retidão e honestidade, de forma que a coletividade expressa sua consideração ao indivíduo.

A noção de honra pode ser entendida em um aspecto subjetivo ou em um aspecto objetivo. Edilson Pereira de Farias concebe a primeira como a “dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa” e a segunda como “a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros”. Assim, “no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimação que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral”.⁴⁰²

O mesmo autor ainda faz importante consideração no sentido de que “A proteção da honra alcança, em geral, as pessoas jurídicas. Conquanto estas não

⁴⁰¹ Apud FARIAS, 1996, p. 107.

⁴⁰² FARIAS, 1996, p, 109.



possuam o 'sentimento da própria dignidade', contudo, podem ter sua reputação ofendida por estimativas desabonadoras".⁴⁰³

A intimidade diz respeito à vida íntima e reservada de cada um, a uma esfera de interesses particulares, da qual só fazem parte as pessoas que possuem a afeição e a confiança do titular. A intimidade, como aduz Edilson de Farias,

pode ser analisada como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio [...] comporta três exigências: "a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)".⁴⁰⁴

A intimidade de cada um pode ser objetivamente traduzida como o direito de manter longe de interferências alheias a vida amorosa e familiar, as atividades domésticas, as opções sexuais, políticas e religiosas, além de segredos profissionais.

Edilson de Farias, distingue o direito à honra do direito à intimidade ao afirmar que, com a "proteção da intimidade, pretende-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do sujeito. Ao revés, com o direito à honra, procura-se preservar a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataquem sua reputação".⁴⁰⁵

A vida privada encontra-se compreendida na intimidade, embora o constituinte tenha utilizado separadamente as duas expressões (art. 5º, inc. X, Constituição Federal), não havendo porque distingui-las. Ambas representam uma esfera de interesses pessoais do indivíduo, seu direito ao recato, a segredos íntimos,

⁴⁰³ FARIAS, 1996, p. 110.

⁴⁰⁴ FARIAS, 1996, p. 113.

⁴⁰⁵ FARIAS, 1996, p. 117.



podendo a vida privada ser tida como uma intimidade em sentido estrito, ligada às relações familiares do indivíduo, ao direito de estar só.⁴⁰⁶

A imagem pode também ser estudada sob dois aspectos: o primeiro relacionado à imagem que as pessoas atribuem a determinada pessoa, a fama, o renome, ou seja, o bom nome, a boa reputação, a notoriedade; o segundo ligado ao direito à própria aparência, dos traços físicos, do semblante, da sua figura, que somente podem ser difundidos ou divulgados com autorização do titular. No primeiro, está estritamente ligado à honra, à consideração social, ao respeito ao nome de cada um. Nome, para Caio Mário da Silva Pereira, é o “Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica *grosso modo* a sua procedência familiar”.⁴⁰⁷ No âmbito das relações de trabalho é esse o sentido mais importante do direito à imagem.

4.2.5.2 Dano à intimidade e à vida privada

O direito à intimidade, que está estritamente ligado à proteção da vida privada,⁴⁰⁸ é, como visto, assegurado constitucionalmente (art. 5º, inc. X, da Constituição Federal). Após períodos de ditadura em que a vida privada de todos os brasileiros era diariamente violada com a desculpa de estar-se garantindo a ordem e a segurança nacional, a Constituição Federal de 1988 erigiu o direito à intimidade à categoria de direito fundamental do indivíduo.

⁴⁰⁶ “A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*” (SILVA, 1994, p. 202).

⁴⁰⁷ Este mesmo autor coloca o direito ao nome como um direito da personalidade específico, entretanto o que nos interessa neste estudo não é o direito de cada um de possuir um nome, mas o direito que seu nome não seja objeto de difamação, de ofensas, nem seja vinculado a atos que depreciem sua pessoa (PEREIRA, 1998, p. 155).

⁴⁰⁸ José Afonso da Silva abarca o direito à intimidade, alguns aspectos do direito à honra, o direito à imagem e a vida privada no conceito de direito à privacidade (SILVA, 1994, p. 201).



Espelhando o esculpido na Constituição Federal, existem outras normas jurídicas pátrias, que, seja de forma explícita, seja à luz de métodos interpretativos, albergam o direito à intimidade. A própria Constituição preceitua que a casa é o asilo inviolável do indivíduo.⁴⁰⁹

A Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991,⁴¹⁰ que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, no art. 6º, resguarda a indenização por dano material ou moral decorrente da violação do sigilo de documentos públicos ou privados. Há também a determinação de que certos tipos de processos envolvendo a intimidade das pessoas tramitem em segredo de justiça.⁴¹¹ Além disso, já há legislação específica salvaguardando a intimidade e a vida privada do empregado, como adiante será explicitado.

Dessa forma, interpretando-se as normas trabalhistas à luz do texto constitucional, dentro de uma análise sistemática do ordenamento jurídico nacional, percebe-se que o empregado obriga-se pelo contrato de trabalho a ceder sua força de trabalho, mas seus direitos personalíssimos, entre eles a intimidade, são irrenunciáveis e inalienáveis, estando sempre ao abrigo do Direito. Assim, na relação de emprego,

⁴⁰⁹ Constituição Federal, art. 5º, inc. XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

⁴¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 16h40min.

⁴¹¹ Constituição Federal, art. 93, inc. IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, com a redação da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. No mesmo sentido é disposição do Código de Processo Civil, art. 155: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.



como nas relações sociais em geral, a pessoa do empregado deve ter sua vida íntima respeitada.

O direito à intimidade e à vida privada reflete o fato de que, apesar da vida em sociedade, cada pessoa tem sua esfera de interesses privados, da qual só podem fazer parte aqueles autorizados pelo próprio indivíduo. Em tal esfera a ninguém é dado interferir sem o consentimento de seu titular.⁴¹²

A intimidade compreende a vida pessoal e familiar do indivíduo, seus segredos mais íntimos, seus pensamentos que, por alguma razão, não queira externar, suas convicções políticas e religiosas, suas preferências sexuais, entre outros aspectos.

São comuns hoje os equipamentos de vídeo, as escutas telefônicas e toda a sorte de materiais tecnológicos instalados nas empresas, até mesmo em locais como banheiros, vestiários e refeitórios, com a finalidade de implantar uma vigilância permanente dos empregados, em total afronta aos ditames legais. Se, por um lado, é garantido ao empregador os direitos de fiscalização e de vigilância, eles devem ser exercidos até o exato limite de não afrontar os direitos da personalidade. É de frisar-se que o poder de fiscalização, como decorrência do poder hierárquico do empregador, diz respeito ao controle da prestação dos serviços realizados pelo empregado, no que tange à produtividade, ao zelo, à atenção e outras circunstâncias da execução do trabalho, devendo a esses aspectos ficar circunscrita. Por outro lado, o empregador tem o direito de vigilância do local de trabalho como forma de preservar a posse e/ou

⁴¹² O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos versa que: “Ninguém será objeto de intervenções em sua vida privada, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de ataques contra sua honra e reputação. Toda pessoa tem o direito à proteção da lei contra tais intervenções ou ataques” (Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h42min).



propriedade dos seus meios de produção.⁴¹³ Contudo, no conflito entre o direito de propriedade e sua tutela por meios de vigilância e o direito de intimidade, deve sempre prevalecer este. No concernente à revista íntima, a Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999,⁴¹⁴ acrescentou o art. 373-A na Consolidação das Leis do Trabalho, e a vedação, prevista no inciso VI, de “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”. Ainda que a hipótese legal trate da mulher, não resta qualquer dúvida que o preceito aplica-se a qualquer pessoa. Nesse sentido, são correntes os julgados pátrios reconhecendo indenização por danos morais por revista íntima e/ou vexatória.

No que diz respeito aos processos de seleção, João de Lima Teixeira Filho atenta para os casos de requisição de informações extremamente pessoais acerca da vida íntima dos candidatos e para procedimentos como provas grafológicas. Aduz que:

A prova grafológica é, em tese, demolidora da tutela à intimidade. Partindo da escrita do candidato, visa desnudar seus recatos, revelar, por uma fórmula matriz, o caráter, a personalidade da pessoa. Sua invasividade é evidente. E a lesão ao direito não está no vazamento do resultado da prova, mas na aplicação do teste em si, já que a recusa do pretendente a emprego de submeter-se aos desígnios da grafologia tolherá a possibilidade de sua contratação.⁴¹⁵

⁴¹³ Aldacy Coutinho expõe que “a história da propriedade revela a própria evolução da sociedade e das idéias”, e que atualmente já não é a titularidade do direito de propriedade dos meios de produção que justifica o poder nas relações de trabalho (COUTINHO, 1999, p. 41). De fato, a evolução do modelo capitalista aponta para uma era pós-industrial, não no sentido da superação da produção industrial, mas sim que o capitalismo de vanguarda tende a abandonar a propriedade dos meios de produção, limitando-se à gestão de valores imateriais, como a marca. O produto pode ser feito em qualquer lugar e por qualquer indústria, sem que a empresa tenha empregados na linha de produção pelo simples fato de não ter linha de produção.

⁴¹⁴ Brasil, Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 16h45min.

⁴¹⁵ MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 17.ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 640.



Durante o contrato de trabalho, também constitui ofensa à intimidade e à vida privada exigir que o empregado case-se ou permaneça solteiro, por exemplo.⁴¹⁶ A Consolidação das Leis do Trabalho, embora aprovada em 1943, demonstra preocupação com o exercício arbitrário do controle do empregador sobre a vida particular de seus empregados, como se depreende do esculpido em seu art. 391.⁴¹⁷

Também não pode o empregador alegar como justa causa para despedida a má conduta do empregado em sua vida pessoal, ou, infelizmente ainda muito comum, rescindir o contrato por motivo de gravidez, pois os direitos e deveres gerados pelo contrato laboral circunscrevem-se ao local de trabalho e à relação empregatícia, não podendo ir além para permitir que o empregador controle a vida íntima de seus empregados.⁴¹⁸

Tais atitudes do empregador são ilegítimas e extrapolam seus poderes diretivos e disciplinares, sendo devida a compensação por dano moral.

⁴¹⁶ “Despedida discriminatória da mulher que contrai núpcias. Vulneração de preceitos constitucionais. Dano moral. Indenização. Sendo a família a célula formadora de uma sociedade organizada, vulnera o sistema democrático, o direito individual da trabalhadora e de sua futura entidade familiar e ainda perpetua discriminação atentatória dos direitos e liberdade individual a despedida da mulher pelo fato de consignar seu desejo de contrair matrimônio, cuja lesão deve ser ressarcida pela contraprestação de uma indenização equivalente ao dano provocado em momento de considerável relevância individual e social (interpretação dos artigos 3º, inciso IV, 5º, incisos I e XLI, 7º, inciso I e XX, e 226, da Constituição Federal e 159 do Código Civil Brasileiro)” (SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. RO-V-A-6070/94, Rel. Juiz. Antonio Carlos Facioli Chedid, In: LTr 61-08/1127).

⁴¹⁷ CLT, art. 391. “Não constitui motivo justo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher a seu emprego, por motivo de casamento ou gravidez.”

⁴¹⁸ Vale apontar a ressalva lembrada por Américo Plá Rodriguez: “o alcoolismo, a droga, o jogo, que importam quando incidem negativamente na vida profissional do trabalhador. Isso dependerá do trabalho, do cargo, da influência da imagem perante o resto da população. O mesmo ocorre com a conduta sexual: importa se afeta o prestígio da



Como anteriormente afirmado, no mesmo trilhar da proteção estabelecida constitucionalmente, já há legislação específica na seara trabalhista tratando dessa espécie de dano moral causado ao empregado. É o caso da Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996,⁴¹⁹ que em seu art. 12 e art. 13 veda a “indução ou instigamento individual ou coletivo à prática de esterilização cirúrgica” e “a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins”, e no art. 21 complementa que a vítima do ilícito tem direito à reparação por dano material e moral.⁴²⁰

4.2.5.3 Dano à integridade moral

Caio Mário da Silva Pereira assim define a integridade moral: “exprime-se pelo direito à honra, à dignidade, o bom conceito no ambiente social. Não é de agora que a lei pune a injúria, a calúnia, a difamação, por qualquer via oral ou escrita, ou divulgada pelo rádio ou televisão”.⁴²¹

Por sua vez, Aníbal Bruno inclui no conceito de honra⁴²² a noção de dignidade:

instituição em que atua. Isso ocorre, por exemplo, no magistério” (*Apud* MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA; TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 644).

⁴¹⁹ Brasil, Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 15h17min.

⁴²⁰ Escorreita a conexão feita por João de Lima Teixeira Filho de que a Lei n. 9.263/96 regulamenta o preceituado no art. 226, § 7º, da Constituição da República: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre *decisão do casal*” (MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA; TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 643).

⁴²¹ PEREIRA, 1994, p. 159.

⁴²² Manoel Mendes de Freitas faz peculiar afirmação: “Em arremate, e sempre respeitosamente, concluo que não existe a figura jurídica da honra trabalhista, exclusivamente trabalhista, e, portanto, com repercussão limitada ao campo regido pelo Direito do Trabalho, como não existe, também a honra meramente administrativa, convinda, apenas, à área do Direito Administrativo. O conceito jurídico de honra é mais amplo e diz respeito, sempre em primeiro lugar, ao grupo social que o ofendido integra, quer seja a ofensa perpetrada no interior dos muros de uma fábrica, quer numa repartição pública, quer num templo religioso, quer numa via pública qualquer” (FREITAS, Manoel



Aquele sentimento da própria dignidade que se forma no foro íntimo do indivíduo não lhe basta. É sobretudo no meio social que ele tem de realizar o seu destino. E, portanto, não se contenta com aquela representação interior da sua dignidade; necessita de que esse valor seja reconhecido pelos demais, que estes lhe tribuem a consideração de que se julga merecedor e assim se afirme a sua boa reputação, cujo respeito a ordem jurídica lhe assegura como atributo da sua personalidade. Mas, embora se manifeste, assim, com esses dois semblantes, a honra é um estrutura unitária, um valor em que se apóia o indivíduo para o conceito que tenha de si mesmo e a imposição da própria pessoa no meio social.⁴²³

Eis a espécie mais abrangente de dano moral. Incluem-se aqui os atos do empregador que coloquem o empregado em situação vexatória, humilhante, que gerem dúvidas sobre seu caráter e honestidade, que ofendam seus valores morais, sua dignidade e sua personalidade.

Um exemplo de violação da integridade moral são as revistas implementadas nas empresas, são as falsas imputações de improbidade, de crime de furto ou roubo e a despedida por motivos discriminatórios – como o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, ser negro ou ser mulher.

Aliás, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, que traz normas sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, proíbe “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.⁴²⁴

A Lei n. 9.029/95, reforçando os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. IV, da Constituição), prevê em seu art. 1º que “fica proibida a adoção

Mendes de. Ação de indenização por dano moral – incompetência da Justiça do Trabalho. In *Revista LTr*, v. 63, n. 5, maio de 1999, p. 598).

⁴²³ *Apud* FREITAS, 1999, p. 597.

⁴²⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 244.



de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, estado civil, situação familiar ou idade”.

Também constituem danos dessa espécie condutas do empregador como o assédio sexual e os insultos à pessoa do empregado, além do dano moral decorrente de lesão estética oriunda de acidente de trabalho.

O dano à integridade moral abrange ainda a exigência de trabalhos forçados ou que aviltem a pessoa do trabalhador. Em face disso, provoca um dano moral aquele que explora o trabalho infantil, privando as crianças de seu lazer e educação, causando-lhes defeitos físicos e malefícios psicológicos irreparáveis. O mesmo se diz dos trabalhos em regime de verdadeira escravidão, em que os direitos fundamentais universalmente contemplados são inadmissivelmente vilipendiados.

Enfim, impossível elencar todos os tipos de situação que poderiam ensejar um dano à integridade moral, até mesmo pela dificuldade de traçar sua extensão, não havendo como exaurir os exemplos.

4.2.5.4 Dano à imagem

O dano à imagem pode, em algumas situações, interligar-se com o dano à integridade moral, especialmente em casos nos quais o empregado seja caluniado, injuriado ou difamado.

Para João de Lima Teixeira Filho, a imagem do empregado pode ter duas dimensões:

^{1ª} – a de figura da pessoa ou a representativa da mesma, para fins de correlação com algum fato, que o empregador transmite ao seu



“público interno”, com fito que não seja de valorizá-la; e 2ª – a compreensiva de uma boa reputação pessoal ou profissional que o indivíduo construiu no meio em que convive e frente a terceiros.⁴²⁵

Assim sendo, decorre do respeito mútuo que deve pautar as relações entre empregado e empregador o direito que tem o empregado de não ser ridicularizado, de não ser motivo de chacotas, de ver preservado seu bom conceito perante seus colegas de trabalho.

Antônio Chaves, com singular maestria, expõe as condutas do empregador violadoras da imagem do empregado:

É bem de ver que não devem ser excedidos certos limites. As pilhérias chamadas de mau gosto, sujeitando a pessoa ao ridículo e à galhofa, não se coadunam com uma intenção inocente. Não é admissível que, por amor a pilhérias, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa de reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar, outra é ridicularizar. Neste último caso, o dolo subsiste. O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação.⁴²⁶

Nessa vertente, constitui lesão à imagem do empregado, entre outras atitudes, a divulgação de “listas negras” que impedem seu acesso a outros empregos e o ato de inventar más referências (informações desabonadoras) do empregado quando indagado por um possível novo empregador.

4.2.6 A Emenda Constitucional n. 45 e as ações de dano moral

“Não haverá saída para a miséria do mundo sem economia de mercado, sem a globalização dessa economia, sem o fortalecimento da União Européia, sem mercados financeiros eficientes, nem mesmo sem especuladores que assumam os riscos que outros não querem assumir. Mas haverá ainda menos saída se

⁴²⁵ MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA; TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 647.

⁴²⁶ *Apud* MARANHÃO; SUSSEKIND; VIANNA; TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 648.



a lógica do interesse e do lucro privado não for submetida à lógica da solidariedade, da justiça e da dignidade humana.” (Jacques Génèreux)⁴²⁷

O tema referente à competência para as ações de indenização por dano moral decorrente da relação de emprego estava encontrando uma definição jurisprudencial como sendo da Justiça do Trabalho, quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/04. De fato, não havia encontrado uma definição, pois ainda se discutia os danos morais oriundos de acidente do trabalho.

A visão tradicional da competência da Justiça do Trabalho sempre esteve vinculada ao aspecto obrigacional do contrato de trabalho e, ainda assim, ao aspecto circunscrito às parcelas trabalhistas. Com isso, consolidou-se uma noção de que à Justiça do Trabalho cabia a aplicação do Direito do Trabalho, devendo as questões de Direito Civil ficar excluídas de sua competência. Esse entendimento criou a falsa idéia de que a fixação da competência da Justiça do Trabalho era feita pelo critério material, enquanto todos os textos constitucionais anteriores à Emenda Constitucional n. 45 adotavam o critério subjetivo, ou seja, das pessoas envolvidas no conflito – empregado e empregador.⁴²⁸

Com a redação original do art. 114 da Constituição Federal de 1988, procurou-se dar maior abrangência ao texto, abandonando o vocábulo “empregado” para utilizar “trabalhador”. Contudo, mantendo o outro sujeito como empregador, na prática a competência da Justiça do Trabalho quase não foi alterada, mormente

⁴²⁷ GÉNÉREUX, 1999, p. 46.

⁴²⁸ A Constituição de 1934 (Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.); Constituição de 1937 (Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.); Constituição de 1946 (Art. 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.); Constituição de 1967 (Art. 134 - Compete à Justiça do Trabalho



considerando o resultado da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492,⁴²⁹ que, em julgamento de 12 de novembro de 1992, deu provimento à ação, declarando inconstitucionais as alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990,⁴³⁰ que garantia aos servidores públicos civis da União o direito de negociação coletiva e de ajuizamento de ação individual e coletiva na Justiça do Trabalho. Com esse julgado, o Supremo Tribunal Federal encerrou interpretação do então vigente art. 114 da Constituição no sentido de não contemplar os servidores públicos no conceito de trabalhador.

Contudo, num julgado histórico, o próprio Supremo Tribunal, apreciando um conflito de jurisdição entre a Justiça estadual comum e a Justiça do Trabalho, no caso de um compromisso de compra e venda de imóvel acessório ao contrato de trabalho, entendeu que, para a definição da competência da Justiça do Trabalho não importa que a solução da lide dependa de questões de Direito Civil, mas sim que ela decorre de uma relação de emprego.⁴³¹

A partir desse julgado, superou-se a idéia de vinculação da competência da Justiça do Trabalho com a legislação do trabalho, mas sim para solucionar todas as lides decorrentes da relação de emprego, ainda que de conteúdo de direito real ou

conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial.).

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=492&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 17h09min.

⁴³⁰ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 16h50min.

⁴³¹ “Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da



direito personalíssimo. Teve início, assim, uma grande reviravolta no senso comum jurisprudencial de então, quando se passou a admitir a competência da Justiça do Trabalho para as ações de dano moral decorrentes da relação de emprego, exceto quando decorrente de acidente do trabalho.⁴³²

Com a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, o inciso VI passou a contemplar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. Nesse caso, não somente as decorrentes da relação de emprego, mas de todos os contratos entendidos abrangidos pela noção de relação de trabalho, como já enfrentado no Capítulo I. Mesmo diante da nova redação, o Supremo, julgando o Recurso Extraordinário n. 438.639-9-MG,⁴³³ entendeu que a competência para julgar ação de indenização de dano moral decorrente de acidente do trabalho continuava a ser da Justiça comum. Contudo, poucos meses depois, em 29 de junho de 2005, no julgamento do Conflito de Competência n. 7.204,⁴³⁴ o Supremo Tribunal conciliou-se com a redação da Emenda Constitucional n. 45, reconhecendo competência da Justiça do Trabalho para essas ações.⁴³⁵

relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CJ 6.959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.02.1991).

⁴³² “Demanda sobre acidente de trabalho. Competência. 1. Esta Suprema Corte tem assentado não importar, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil, bastando que o pedido esteja lastreado na relação de emprego (CJ 6.959, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 134/96). 2. Constatada, não obstante, a hipótese de acidente de trabalho, atrai-se a regra do art. 109, I da Carta Federal, que retira da Justiça Federal e passa para a Justiça dos Estados e do Distrito Federal a competência para o julgamento das ações sobre esse tema, independentemente de terem no pólo passivo o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou o empregador. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 345486/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24.10.2003).

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 438.639-9-MG. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=438639&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 6 ago. 2006, às 17h30min.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência n. 7204. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=7204&CLASSE=CC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em 6 ago. 2006, às 17h32min.

⁴³⁵ “Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-)empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Magna Carta. Redação anterior e posterior à Emenda Constitucional n. 45/04. Evolução da jurisprudência do Supremo



No atual contexto, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral decorrentes da relação de trabalho, caso em que a Justiça poderá atuar como a garantidora dos direitos da personalidade de todos os cidadãos que alienam sua força de trabalho, com ou sem subordinação jurídica.

Tribunal Federal. Processos em curso na Justiça Comum dos Estados. Imperativo de política judiciária. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu ex-empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CC 7204-MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 09.12.2005).



4.3 FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA RELAÇÃO DE EMPREGO

O início do século XXI apresenta-se extremamente excludente: somente 20% da atual força de trabalho serão necessários para produzir as necessidades de bens e serviços da sociedade. O quadro se agrava ainda mais na medida em que, nessa perspectiva, haverá a redução da base de consumo, o que fará diminuir a produção e, num ciclo vicioso e autofágico, a necessidade de força de trabalho. Conforme destacam Hans-Peter Martin e Harald Schumann,

Vinte por cento da população em condições de trabalhar no século 21 bastariam para manter o ritmo da economia mundial. [...] Um quinto de todos os candidatos a emprego daria conta de produzir todas as mercadorias e prestar todos os serviços qualificados que a sociedade mundial poderá demandar. Assim, aqueles 20% participariam ativamente da vida, do lazer e do consumo – seja qual for o país.⁴³⁶

No plano jurídico, a passagem da rigidez para a flexibilidade impõe a desregulamentação e uma re-regulamentação; agora de natureza não estatal, no âmbito restrito das grandes corporações, com novos feudos, com novos “servos felizes”. O neofeudalismo ronda o século XXI. Com a queda do Estado-nação e a desregulamentação do Direito estatal, novas formas de regulamentação das relações humanas surgiram. Tendo presente que a produção normativa se baseia no poder, de forma que somente quem o tem pode produzir normas jurídicas, certo antever que esse papel competirá precipuamente às grandes empresas. Há quatro milhões de anos os primeiros hominídeos seguiam as regras de um “macho dominante”, que era o mais forte e hábil para suprir as necessidades do grupo. A partir de agora, gradativamente, o modelo é reinventado, para que se sigam as regras das “empresas dominantes”. O indivíduo incluído no sistema, por temer a exclusão e a condenação à morte imposta pelo desemprego, mostrar-se-á extremamente comprometido com os interesses da empresa, ainda que conflitantes com os seus. Com o individualismo perde-se a

⁴³⁶ MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização – O assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 10-11.



possibilidade de formação de consciência de classe, única possibilidade de transformação.

Num contexto econômico que se projeta, impondo a precarização da tutela da relação de emprego, será que se conseguirá efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações entre capital e trabalho?

Os empresários já não querem ser empregadores, querem ser tão-somente empresários. Querem os bônus da exploração de atividade econômica sem sofrer os ônus dela decorrentes. O capital passa a romper o pacto social com o trabalho, deixando de contribuir com sua parte. O mundo do trabalho é precarizado, amesquinhado, desconsiderado. A força de trabalho humana é substituída pela máquina. Os compromissos assumidos com os trabalhadores mostram-se desnecessários, ante o fim do bloco socialista do Leste Europeu. Ainda como asseveram Hans-Peter Martin e Harald Schumann, “Repentinamente, a participação maciça dos trabalhadores na criação de valores sociais é apresentada como sendo apenas uma concessão dos tempos de Guerra Fria, destinada a minar a agitação comunista em sua própria base”.⁴³⁷

Compartilhando a provocação feita por Ronald Rocha,

que perspectiva, mais precisamente, que futuro poderia ter o Direito do Trabalho, e conseqüentemente a própria discussão em torno desse objeto, no terreno dos conceitos chamados “globalização” e “neoliberalismo”, vale dizer, numa sociedade e numa época em que o próprio trabalho estaria chegando ao fim ou no mínimo deixando de ocupar e manter a centralidade ontológica no processo de reprodução da vida social?⁴³⁸

As inovações tecnológicas e a reestruturação da produção apontam para um mundo praticamente sem trabalhadores. Sem o trabalho humano subordinado, não

⁴³⁷ MARTIN; SCHUMANN, 1998, p. 18.

⁴³⁸ ROCHA, Ronald. O mundo do trabalho e o trabalho de luto. In: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). Curitiba: Edibej, 1998, p. 96.



há um dos sujeitos da relação de emprego e, conseqüentemente, uma das partes do contrato individual de trabalho. O Direito regula as relações humanas em sociedade. Sem que haja o ser humano na relação, inexistente interesse jurídico. A relação entre o empresário e a máquina será regulada pelo Direito das Coisas, no tocante à posse e à propriedade.

A democracia, como a soberania da vontade popular – vontade geral –, somente tem possibilidade de ser uma boa forma de governo se os cidadãos tiverem condições materiais de manifestarem sua vontade. Dizendo de outra forma, o cidadão somente poderá manifestar sua vontade se tiver garantidos os meios de subsistência. Nenhum indivíduo passando fome, sem emprego, sem casa, sem terra, sem educação ou sem saúde tem possibilidade de manifestar sua vontade.

Por outro lado, a democracia é típica do governo republicano, liberal e burguês, e a história revela que sempre que a democracia extravasou seus limites de tolerância foi sufocada pelo poder estatal, pelo autoritarismo e pelo totalitarismo.

Assim, em certa medida, a democracia seria mais um argumento retórico do Estado burguês, a fim de dar a falsa ilusão de que todos os indivíduos participam das decisões governamentais. Outro aspecto importante a se destacar na democracia é que ela se limita à possibilidade formal do cidadão de escolher “quem” vai tomar as decisões, não dispondo, entretanto, de “quais” decisões devem ser tomadas ou “como” devem sê-lo.

Tais características, contudo, não retiram da democracia suas possibilidades de transformação do bloco histórico. Diante das adversidades, duas condutas se podem seguir. A primeira é a inércia. Ser a “bela alma” que, na definição de Leandro Konder, “prefere retrair-se, refluir para dentro de si mesma, abstendo-se de agir (por temer as conseqüências de seus atos): torna-se conivente, por omissão, com a política ligada à preservação do *status quo* e, por extensão, conivente com as injustiças



dessa política”.⁴³⁹ Essa é a postura pregada pelo fatalismo, pela inexorabilidade do neoliberalismo. A segunda conduta é a da ação.

Como assevera Tarso Genro,

Ao pensar o Direito e a sua filosofia na ordem “globalitária”, “moderna e excludente” – como bem diz Arruda Jr., com quem compartilho a sedução de unir Marx a Bobbio –, devemos pensar na democratização radical do Estado, única forma de retirá-lo da submissão e da cogência da “externalidade” do capital volátil. Nosso projeto deve ser submeter o Estado à sociedade, através de formas diretas de participação voluntária, combinadas com a representação política tradicional. Desenhar outras novas formas institucionais, para um Estado que substancialmente não muda há 200 anos, é a suprema tarefa do jurista, democrático e humanista, nos dias trágicos que o neoliberalismo nos impõe, até agora impunemente.⁴⁴⁰

A revolução tecnológica iniciada na década de 70 é um dos fatores que permitiu a reestruturação da produção e a negação do modo de produção do fordismo. A tecnologia, apesar de ser um patrimônio de toda a sociedade, tem servido como fator de enriquecimento de poucos e como fator de miséria e perecimento de muitos. Nem se pode, por isso, admitir uma ação ludista.⁴⁴¹ Como adverte Paul Singer,

Os robôs, o computador e a comunicação por satélite estão eliminando milhões de empregos no mundo inteiro e de nada adianta lamentar-se por eles. Estes ganhos de produtividade do trabalho beneficiam a todos e seria uma luta inglória tentar barrar o

⁴³⁹ KONDER, 1992, p. 137.

⁴⁴⁰ GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no Direito. ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.) In: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998, p. 37-38.

⁴⁴¹ O movimento ludista (de King Ludd, um dos líderes do movimento) se caracterizou pela destruição de máquinas introduzidas pela segunda revolução industrial, tidas como causa de aumento excessivo do desemprego, no final do século XIX. A conduta dos operários foi reprimida pelos aparelhos do Estado, inclusive com banimento e morte.



progresso técnico para manter seres humanos fazendo coisas que máquinas fazem mais barato ou melhor.⁴⁴²

A tecnologia não tem, por si só, o caráter excludente. É um instrumento e, como tal, tanto pode servir para o bem como para o mal. Pode ser fator de exclusão social e morte ou pode ser fator gerador de tempo livre para todos.

Dessa forma, é preciso que a tecnologia seja manejada para o bem, permitindo que os cidadãos tenham maior tempo livre para o lazer e para a cultura. Isso, por evidente, contraria a lógica de acumulação de capital, de forma que só um Estado forte e comprometido com os anseios sociais pode impor tal conduta. Mas se, mesmo assim, a tecnologia for causa de desemprego, devem as empresas que dela se valem ser tributadas para que a receita orçamentária possa servir de fundo público para permitir uma renda mínima para os trabalhadores excluídos da produção. Um “tributo tecnológico” poderia ser criado com esse fim.

Uma das causas do desemprego, sem dúvida, é a “financeirização” da economia, ou seja, há muito capital circulando na seara financeira, na especulação, nas bolsas de valores; e pouco capital na atividade produtiva, geradora de empregos. Só políticas públicas podem reverter esse quadro. O Governo tem investido muitos recursos públicos para manter o sistema financeiro “estável”. Se tais investimentos fossem realizados na atividade produtiva, o desemprego poderia ser amenizado. Estudos revelam que o investimento na atividade agrícola gera mais empregos do que na industrial. E é fácil de entender: qualquer recurso investido na indústria permitirá maior automação em face da competitividade internacional, o que fará aumentar o número de desempregados.

Para isso, também seria necessário um Estado forte, que tivesse a capacidade e a vontade política de impor limites à exploração econômica selvagem. Desse modo, conforme adverte Dinaura Godinho Pimentel Gomes, justificam-se “diretas

⁴⁴² SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998, p. 118.



e constantes intervenções do Estado no campo da autonomia da vontade, porque não se pode reduzir o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais, tradicionais, esquecendo-a nos casos de salvaguardar os direitos sociais”.⁴⁴³ Hans-Peter Martin e Harald Schumann sustentam que “A tarefa mais nobre dos líderes democráticos, no limiar do século 21, será restaurar o Estado e restabelecer o primado da política sobre a economia”.⁴⁴⁴ E isso não se faria pela retração da intervenção estatal nas relações trabalhistas. Há alguns anos imaginava-se que o avanço tecnológico permitiria maior qualidade de vida para todos. Os *Jatsons*, personagens de desenho animado, representam esse ideal de vida moderna (ou pós-moderna). A redução da jornada não afetaria os níveis de produção, de forma que a sociedade continuaria a ter atendidas suas necessidades de consumo. E os trabalhadores continuariam protegidos pelo contrato individual de trabalho.

Contudo, para a sobrevivência do contrato de trabalho, não se pode negar ajustes na legislação. Não no sentido flexibilizante e desregulamentador, mas para permitir a absorção, pelo sistema legal, das novas formas de contratação. É preciso que o Direito acompanhe as transformações no mundo do trabalho, ampliando a proteção tradicional do trabalhador subordinado, contratado diretamente pelo empregador, para todos os trabalhadores que, de qualquer forma, estejam inseridos na atividade econômica. Assim, os trabalhadores de cooperativas, os trabalhadores terceirizados, os trabalhadores informais e os trabalhadores temporários precisam de tutela. A abrangência do princípio de proteção precisa ser repensada. Um novo protecionismo deve surgir; não o protecionismo para a empresa, que, para os juristas neoliberais, parece ser a ponte que conduzirá a sociedade ao paraíso, mas um novo protecionismo para o trabalhador, para o cidadão, para o ser humano que tem como única fonte de sobrevivência sua força de trabalho. Essa é a moderna teoria da relação de emprego que se deve defender.

Como destaca Mozart Victor Russomano,

⁴⁴³ GOMES, 2005, p. 137.

⁴⁴⁴ MARTIN; SCHUMANN, 1998, p. 22.



Não podemos conceber que, depois das lutas sociais do século XIX e do século XX, sobreviva ou ressuscite a tese de que a liberdade política e econômica autorize um contratualismo sem freios, capaz de retirar dos trabalhadores modernos a proteção social por eles conquistada.⁴⁴⁵

Uma nova teoria da relação de emprego deve ser formulada, a fim de abranger outras realidades que não somente a relação jurídica entre empregado e empregador, mas novas formas de trabalho que, por sua similitude, possam ser contemplados com o princípio de proteção como instrumento de efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O direito do trabalho no século XX*. Curitiba: Genesis, 1998, p. 13.



CONCLUSÃO

A teoria da relação de emprego é a senha de acesso ao conjunto de normas protetivas ao trabalhador. Equivale a dizer que, se o trabalhador for reconhecido como empregado, será, por essa condição, destinatário das normas de proteção do trabalho, como sujeito do contrato individual do trabalho. A configuração da relação de emprego, como prevista no ordenamento jurídico vigente, parte do conceito de empregado como a relação jurídica na qual convergem os elementos da personalidade, onerosidade, não-eventualidade do serviço e subordinação jurídica. Contudo, as premissas materiais inspiradoras da atual teoria da relação de emprego – cabendo destaque à forma de organização da produção pelo modelo taylorista-fordista e à legislação rígida do Estado intervencionista – foram corroídas por novas fontes materiais, a partir da crise do capital da década de 1970 e da implementação de políticas neoliberais, da globalização econômica e da reestruturação produtiva (toyotismo).

Os seres humanos travam inúmeras relações todos os dias para sobreviver. Essas relações têm especificidades próprias. Do universo imensurável de relações que são travadas pelo ser humano, uma pequena parte é considerada pelo próprio conjunto da sociedade como importante para a consecução dos fins que motivam essa mesma sociedade a permanecer coesa, merecendo, assim, um disciplinamento normativo, através do Direito.

Num conceito mais amplo, relação jurídica significa toda relação da vida social que seja juridicamente relevante e, por isso, regulada pelo Direito; ou, numa visão mais restrita, é toda relação da vida social disciplinada pelo Direito, mas só enquanto



essa disciplina reveste-se de uma morfologia típica. O conceito necessita de noções acessórias, como a de direito subjetivo, de dever e de sujeição. Direito subjetivo é a faculdade atribuída pelo ordenamento jurídico a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento (positivo ou negativo), ou de, por um ato de sua vontade, produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa. O dever jurídico encerra decorrência própria dos direitos subjetivos, pois o sujeito passivo tem o dever de adotar o comportamento positivo ou negativo previsto na norma jurídica. Esse vem a ser o elemento distintivo fundamental entre dever jurídico e sujeição, pois nesta o sujeito suporta os efeitos da manifestação de vontade do direito subjetivo potestativo.

As relações jurídicas podem ser reconhecidas e constituídas. Há relações que efetivamente são reconhecidas pelo Direito, cuja função é disciplinar a partir dos contornos substanciais dessas relações. Por outro lado, há relações jurídicas constituídas pelo Direito, ou seja, só existem porque a norma jurídica assim dispõe. São relações que não se poderiam observar primitivamente na sociedade. A relação de emprego é uma relação reconhecida pelo Direito, pois decorre do modo de produção capitalista e existia nas relações socioeconômicas antes de o Direito a disciplinar.

As normas jurídicas disciplinam o comportamento humano na vida em sociedade. Assim, a importância da ordem jurídica está na dinâmica das normas nas relações jurídicas, cabendo destaque aos seus sujeitos, que são as pessoas, como entes físicos ou coletivos suscetíveis de ter direitos e obrigações. Por outro lado, toda norma jurídica estabelece uma prestação ao sujeito passivo, que corresponde a um direito subjetivo em favor do sujeito ativo. Isso significa dizer que toda relação jurídica tem um objeto, ou seja, aquilo que serve de conteúdo para o direito subjetivo.

A etimologia do vocábulo “trabalho” advém do latim, *tripaliare*, cujo significado era torturar, derivado de *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus. Da noção inicial de sofrimento, passou-se à de esforço, luta, pugna e, por fim,



de trabalho. Num sentido econômico, trabalho é um dos fatores de produção, sendo toda atividade humana voltada para a transformação de elementos da natureza, com a finalidade de satisfazer necessidades. O trabalho assalariado é típico do modo de produção capitalista, no qual o trabalhador, para poder sobreviver, vende sua força de trabalho em troca de salário.

O *Homo sapiens* surgiu há cerca de 150 mil anos, possivelmente na África, como resultado da adaptação do *Homo erectus*. Desde então, ele passa a conquistar todo o globo terrestre, num processo que o levou a ser a espécie dominante no planeta. A necessidade de descobrir novos lugares, com melhores condições de vida, foi a tônica da evolução humana. As primeiras cidades surgiram há cerca de 8 mil anos. Por volta de 3500 a.C., a civilização da Suméria começou a erguer-se, no Oriente Médio, entre os rios Tigre e Eufrates. Na cidade de Ur já se praticavam a agricultura e a criação de animais, e havia uma incipiente industrialização têxtil da lã de carneiros.

Com um olhar panorâmico pela história da humanidade, percebe-se claramente que sua evolução repousa na capacidade de trabalhar, de forma que o trabalho é uma manifestação inequívoca da condição humana. Nesse sentido, Hannah Arendt concebe a noção de *vita activa*, que designa três atividades humanas fundamentais: o labor, o trabalho e a ação. Diz que são atividades fundamentais porque delas correspondem às condições básicas pelas quais a vida foi dada ao homem na Terra. O labor é a atividade correspondente ao desenvolvimento biológico do ser humano (*animal laborans*), tendo seu crescimento, manutenção e declínio relação com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo de vida.

O trabalho, por sua vez, é a atividade que corresponde ao artificialismo da existência humana, existência não contida necessariamente no ciclo vital da espécie humana (*Homo faber*). O trabalho produz um mundo artificial de coisas, diferente de qualquer ambiente natural. E, por fim, explica que a ação é única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria;



corresponde à condição humana da pluralidade. O trabalho é objeto de relação jurídica, especificamente da relação de emprego, sendo relevante a concepção de expressão da condição humana como suporte para a aplicação do princípio de dignidade da pessoa humana.

A relação de emprego justifica-se a partir das teorias contratualista e anticontratualista. A primeira afirma a essência da vontade como condição para a formação da relação jurídica, pois, sem a conjugação consciente de vontades, não há relação de emprego. A teoria anticontratualista, apesar de negar a manifestação de vontade das partes como fundamento básico da relação de trabalho, não desconsidera, de forma absoluta, a necessidade de consenso, mas reduz a importância da manifestação de vontade do empregado, pois a relação de emprego teria bases institucionais, de conteúdo estatutário.

Questão atual e controvertida que envolve o conceito de relação de emprego é sua distinção com a relação de trabalho. Isso porque a Emenda Constitucional n. 45/04 ampliou a competência da Justiça do Trabalho para as ações oriundas da relação de trabalho, impondo-se uma melhor definição conceitual desse aspecto. Enquanto a relação de emprego contempla o trabalho subordinado, de natureza não-eventual, oneroso e pessoal, a relação de trabalho significa de forma mais ampla toda atividade humana prestada por pessoa física, mesmo sem subordinação e dependência, mesmo o trabalho gratuito, mas desde que haja sempre profissionalismo, ou seja, maneira, postura, intenção ou atitude pela qual a atividade é prestada.

A análise da relação de emprego não pode prescindir de uma abordagem detalhada de seus sujeitos, empregado e empregador, e de como eles se expressam na realidade do atual contexto das políticas neoliberais, da globalização econômica e da reestruturação produtiva. Os elementos configuradores da relação de emprego e caracterizadores do empregado são personalidade, onerosidade, não-eventualidade do serviço e subordinação jurídica. Em cada um deles ocorrem fatores de dissimulação por



parte daquele que se aproveita do trabalho, buscando afastar o reconhecimento do contrato de trabalho, sob o pretexto do elevado custo dos encargos trabalhistas. A pessoalidade é mascarada por meio de pessoas jurídicas prestadoras de serviços, de empresas de representação comercial e empreiteiras, entre outras. A onerosidade, que nem sempre se manifesta pelo pagamento de uma quantia fixa em dinheiro, assume várias formas, como pagamentos por resultado, concessão de utilidades *in natura*, etc. Com a fragmentação da atividade empresarial pelo processo de terceirização, franquia, facção (terceirização produtiva) e outras manifestações hodiernas, fica cada vez mais difícil definir a atividade empresarial desenvolvida e, assim, definir se o trabalho prestado insere-se nas exigências permanentes da atividade econômica, ou seja, se é um serviço de natureza não-eventual.

Por fim, o elemento mais importante e de maior dificuldade prática atual é a subordinação jurídica. Esse elemento sempre foi apontado como o verdadeiro fator de distinção da relação de emprego com as demais relações de trabalho. Contudo, a subordinação é um conceito que pode ou não se materializar concretamente e está cada vez mais dissimulada, seja pelo tipo de organização da atividade empresarial, seja pelo tipo de controle sobre a força de trabalho que é exercida indiretamente pela forma de remuneração do trabalho.

A busca de um conceito de empregador para além daquele manifestado na legislação não era necessária, pois esse sujeito se apresentava de forma evidente quando da configuração da própria relação de emprego, ou seja, empregador sempre foi aquele que utiliza a força de trabalho. Assim, o assunto referente ao empregador ficava adstrito ao aspecto da responsabilidade patrimonial pelos créditos trabalhistas. Contudo, atualmente, pelos fenômenos já mencionados, as empresas não querem ser empregadoras, mas somente empresas. Assim, o empregador já não se apresenta de forma tão evidente como ocorria no passado, sendo precisas novas fórmulas para identificar o destinatário principal do trabalho, para além do empregador aparente. Com



o advento do atual Código Civil, houve mudanças na organização empresarial que causaram alguns impactos na relação de emprego.

A noção de grupo de empresas, no âmbito da relação de emprego e para efeito de responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes do grupo, deve ser contextualizada com as novas formas de estruturação da atividade empresarial, podendo ser um instrumento eficaz para afastar a ineficácia das normas trabalhistas no caso das terceirizações de produção, de regime de facção, de franquias, *shopping centers* e outras maneiras com as quais o capital se estrutura na busca de maior acumulação.

A sucessão de empregadores ou, melhor dizendo, de estabelecimentos, deve, também, merecer revisão e delimitação precisas para responsabilizar as empresas que buscam repassar aos empregados os riscos da atividade econômica, transferindo a titularidade do negócio para outra empresa e deixando os trabalhadores sem garantias patrimoniais satisfatórias. São transações destinadas a permitir a concentração do capital em detrimento das normas de valorização do trabalho humano.

A acumulação flexível é a nova forma de como o sistema capitalista se reproduz. É o modo pelo qual o capital é acumulado. A crise do capitalismo de 1973 tornou o mercado instável e flexível. É no mercado que o capitalista tem potencialidade de alcançar o lucro. Então, é dele a origem do perfil de organização da produção e da utilização da força de trabalho. Se o mercado era rígido e absorvia a produção em massa do fordismo, a partir da década de 70, isso não mais ocorre. Acumulação flexível, portanto, é a nova maneira encontrada pelo capitalismo para superar suas crises cíclicas e suas contradições internas e, dessa forma, permitir a reprodução do capital e sua concentração nas mãos da elite capitalista.

De qualquer maneira, trata-se de uma acumulação de capital, assim como ocorre desde as Revoluções Comercial e Industrial, seguindo a racionalidade capitalista



da acumulação e concentração. Só que, ao contrário do que ocorreu no período fordista, no qual a acumulação era baseada em padrões rígidos, a acumulação agora é flexível, pois flexível é o mercado e, por isso, flexível deve ser o processo de produção e a exploração da força de trabalho. Nesse caso, flexível deve ser a legislação, impondo-se a desregulamentação do ordenamento jurídico de perfil rígido.

Com a crise do capitalismo do final do século XIX, cujo auge ocorreu com a Grande Depressão de 1929-33, e com a Revolução Russa, de 1917, a sociedade industrial burguesa teve de dar resposta à questão social. Tem início o Estado keynesiano, a produção fordista e a acumulação rígida de capital. Nesse contexto, surge a preocupação com o trabalhador. O Estado se apresenta como conciliador da luta de classes e passa a intervir na atividade econômica, a fim de manter o modo de produção capitalista, regulamentando a exploração da força de trabalho.

O Direito do Trabalho se baseou na premissa de que as partes envolvidas na relação de emprego eram desiguais. Logo, o Direito precisou tutelar a parte mais fraca, a fim de, atribuindo-lhe proteção jurídica especial, amenizar as desigualdades materiais. Não obstante, os pressupostos filosóficos e jurídicos do contrato de trabalho se amparam no individualismo jurídico, pela sua organização civilista. O contrato de trabalho é a forma pela qual o ordenamento jurídico apreende a relação de emprego que se estabelece na sociedade, ou seja, é a “roupa jurídica” da relação material. Dessa forma, o contrato não pode desconsiderar os contornos da relação. Tais contornos, contudo, estão sendo transformados.

O capitalismo sempre se apresenta em crise e se constitui pela redução da acumulação de capital. Em outras palavras, o capitalismo está em crise quando há redução da taxa de acumulação de capital. A crise de 1973 decorreu da estagflação e da crise do petróleo. A estagflação é o termo que representa dois fatores, a estagnação econômica, representada pelo esgotamento do mercado consumidor europeu e japonês do pós-guerra, e a inflação, decorrente dos gastos públicos do Estado de bem-estar no



atendimento dos compromissos com a questão social. A crise do petróleo decorreu da guerra árabe-israelense, uma vez que os países da OPEP resolveram aumentar o preço do petróleo, e os países árabes, embargar o fornecimento do produto aos Estados Unidos e a outros países, pelo apoio dado a Israel.

Com a crise, o capitalismo teve de buscar alternativas. A globalização econômica foi uma delas. A intensificação da exploração de mercados existentes e a criação de novos foram fatores adotadas para o restabelecimento da taxa de acumulação de capital. Para implementar a globalização, as políticas neoliberais são o instrumento de redução do Estado. É um conjunto de propostas que tem como objetivo viabilizar novas políticas de Estado para aumentar a taxa de lucratividade do capital, com a derrota do movimento sindical, o crescimento da taxa de desemprego e o aumento das desigualdades. A redução do custo da força de trabalho, como fator de aumento da acumulação de capital, é uma das bandeiras defendidas pelo neoliberalismo e flagrantemente empunhada pelo Governo brasileiro.

Para atender às novas exigências do mercado flexível, precisa-se transformar o processo de trabalho, tornando a exploração da força de trabalho igualmente flexível. Esse atributo de flexibilidade conduz à desregulamentação do Direito do Trabalho. O toyotismo é adotado como novo modelo de processo de trabalho, pois sua estrutura permite a adequação da produção ao mercado. O toyotismo introduz novas formas de controle da força de trabalho, implementando a polivalência do trabalhador como meio de torná-lo apto a responder às demandas do consumo. O mundo do trabalho é fracionado pela flexibilização, pela precarização, pelo cooperativismo, pelo trabalho informal e pela terceirização, entre outras formas de redução de direitos. Ao lado do empobrecimento dos trabalhadores, percebem-se a concentração e a centralização do capital, por processos de fusão e incorporação de grandes conglomerados econômicos.



Enquanto as relações reguladas pelo Direito sempre foram tidas como decorrentes da vontade das partes, a relação de emprego, que se estabelece entre o trabalhador-empregado e o capitalista-empregador, foge desse parâmetro, pois ela pode, inclusive, ocorrer contra a vontade das partes, quando presentes seus elementos configuradores. Ela é protegida por normas de ordem pública e, assim, de aplicação imperativa e indisponíveis pela vontade das partes. Se é correto que a relação somente se estabelece com a vontade das partes, ela é tutelada por normas irrenunciáveis.

Quando de seu surgimento, o Direito do Trabalho foi informado por fontes materiais de sua geração. Tais interesses sociais foram consubstanciados nos princípios de proteção, da irrenunciabilidade de direitos, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego. A implementação da Justiça Social⁴⁴⁶ somente seria possível se baseada na idéia de trabalho estável, ou seja, de estabilidade do trabalhador perante a estrutura produtiva econômica.

O desemprego não é fenômeno recente do capitalismo, pois é um elemento essencial da lógica de acumulação de capital. O trabalho, assim como todas as mercadorias disponíveis no mercado, tem seu valor (salário) definido pelas leis da oferta e da procura. Assim, a sociedade industrial capitalista implementou uma verdadeira revolução demográfica, capaz de criar um contingente de fornecedores de força de trabalho. A existência de um exército industrial de reserva mantém os níveis salariais baixos. Atualmente, o desemprego é instrumento de redução dos níveis salariais e de desmobilização do movimento sindical, cuja estrutura somente considera o trabalhador empregado – integrante de uma categoria profissional.

A sociedade deste início do século XXI é excludente, pois somente 20% da atual força de trabalho serão necessários para produzir o que atualmente se produz.

⁴⁴⁶ Sobre o tema, ver WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Pensamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1997; ESTÊVÃO, Carlos. Justiça e



Assim, ter-se-á em pouco tempo uma massa ainda maior de excluídos e sobrantes. No plano jurídico, a legislação rígida é desregulamentada, mas o vácuo normativo será substituído por uma re-regulamentação não estatal, produzida no âmbito das grandes corporações econômicas.

A terceira revolução tecnológica e a reestruturação da produção apontam para um mundo sem trabalhadores. Sem o trabalho humano, a relação de emprego perde seu objeto, perdendo também sua razão de existir. Somente um Estado forte e comprometido com os ideais da Justiça Social pode reverter a tendência nefasta que se apresenta. Para isso, é preciso implementar uma democratização radical do Estado. O avanço tecnológico deve trazer benefícios para toda a sociedade, pois a tecnologia é um patrimônio da humanidade. Então, ela deve ser instrumento de liberação do homem em relação ao trabalho, permitindo a este ter mais tempo livre para a busca da felicidade. Uma sociedade que não contempla em seu projeto todos os seus integrantes não vale como projeto de sociedade. Os investimentos públicos devem ser feitos em setores capazes de gerar empregos, cabendo à sociedade e ao Estado restabelecer o primado da política sobre a economia.

O princípio de proteção precisa ser repensado. Um novo protecionismo deve surgir, não o protecionismo para a empresa, que, para os juristas neoliberais, parece ser a ponte que conduzirá a sociedade ao paraíso, mas um novo protecionismo para o trabalhador, para o cidadão, para o ser humano que tem como única fonte de sobrevivência sua força de trabalho.

Uma nova teoria da relação de emprego deve ser formulada, a fim de abranger outras realidades que não somente a relação jurídica entre empregado e empregador, mas outras formas de trabalho que, por sua similitude, possam ser



contempladas com o princípio de proteção como instrumento de efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. V. I e II. Coimbra: Almedina, 1992.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARGÜELLO, Katie. Dilemas do Welfare State e ordem periférica. *Revista Álter Ágora*. Florianópolis: CCJ/UFSC, nov. 1994, p. 40.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998, p. 15-28.
- AUED, Bernardete Wrublevski. Profissões no passado - profissões no futuro. In: *Revista de ciências sociais*. Florianópolis, v. 15, n. 22, p. 11, 2º sem. 1997.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red, 1999.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.



BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Aguilar, 1980.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol I. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

_____. *Direita e esquerda*. São Paulo: Unesp, 1995.

_____. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: UnB, 1998.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h39min.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8078.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h21min.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h25min.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art5>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.



BRASIL. Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h30min.

BRASIL. Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h42min.

BRASIL. Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957. Regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3207.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h43min.

BRASIL. Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978. Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6530.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h46min.

BRASIL. Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/794.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h54min

BRASIL, Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10101.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h50min.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h59min.

BRASIL. Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h01min.



BRASIL. Lei n 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h02min.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 31 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h07min.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h08min.

BRASIL. Decreto n. 63.161, de 23 de agosto de 1968. Promulga a Convenção da OIT 96 concernente aos escritórios remunerados de empregos. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=286875&infobase=legis.nfo&jump=MP%20n%ba%200187%2f2004&softpage=ref_Doc>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h20min.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h25min.

BRASIL, Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h28min.

BRASIL, Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9601.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h30min.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis n^{os} 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977,



7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2164-41.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h35min.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 17h40min.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9029.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h38min.

BRASIL. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h40min.

BRASIL, Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h45min.

BRASIL, Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 15h17min.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2006, às 16h50min.

BUSNELLO, Ronaldo. Processo de produção e regulação social. Ijuí: Editora Ijuí, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 7.ed. Campinas: Papyrus, 1988.

CARNOY, Martin; LEVIN, Henry M. *Escola e Trabalho no Estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1987.

CATHARINO, José Martins. Terceirização e os Enunciados 256 e 322. In: *Revista Genesis*, n. 18, jun. 1991.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. *40 lecciones de derecho laboral*. 8 ed. México: Trillas, 1996.

CBS, Programa "48 Hours". Veiculado pelo Canal 22 - *Superstation*, no dia 15 de abril de 1997 (terça-feira) por volta das 22h40min.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

COZZA, Mário. *Novo Código Civil: do direito da empresa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 17.ed. Porrúa: México, 1999, v. I.

DEANE, Phyllis. *A revolução industrial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

DELGADO, Maurício Godinho. A Terceirização no Direito do Trabalho Brasileiro: Notas Introdutórias. In: *Revista LTr* 58-10/1217.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

DIEESE. Boletim n.179, Linha de Produção. *Missão brasileira discute relações de trabalho com japoneses*, p. 14. Jan/Fev 1996.



- EDELMAN, Bernard. *O Direito captado pela fotografia. Elementos para uma teoria marxista do Direito*. Coimbra: Centelha, 1976.
- ESTÊVÃO, Carlos. *Justiça e educação. A justiça plural e a igualdade complexa na escola*. São Paulo: Cortez, 2001.
- EVOLUÇÃO das cidades, A. Rio de Janeiro: Abril, 1993. (Série História em Revista).
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- FARIAS, Flávio Bezzer de. *O Estado capitalista contemporâneo. Para a crítica das visões regulacionistas*. São Paulo: Cortez, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.
- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997.
- FREITAS, Manoel Mendes de. Ação de indenização por dano moral – incompetência da Justiça do Trabalho. In *Revista LTr*, v. 63, n. 5, maio de 1999.
- GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político. O horror não é econômico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- GENRO, Tarso. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- _____. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no Direito.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.) In: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998, p. 37-38.
- GEORGE JR., Claude S. *História do pensamento administrativo*. São Paulo: Cultrix, 1972.



GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica. Problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GORZ, André. Quem não tiver trabalho, também terá o que comer? In: *Estudos avançados*. Vol. 4, n. 10, setembro/dezembro de 1990, p. 211-228.

GRILLO, Umberto. *Eficácia no tempo das condições estipuladas nos acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas*. In: *Relações Coletivas de Trabalho*. Coordenação de João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

HOBSBAWM, Eric J. *A era dos extremos - O breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *Estratégias para uma esquerda racional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

HUBERMAN, Lei. *História da riqueza do homem*. 21.ed. rev. Rio de Janeiro: RTC, 1959?

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JEAMMAUD, Antoine. *Propostas para uma compreensão materialista do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987.

JOFFILY, Bernardo. Uma revolução que desafia os sindicatos. *Revista de Fato da CUT*, n. 2, Dez .93/Jan. 94, São Paulo.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis - o pensamento de Marx no século XXI*. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna – Novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LARANGEIRA, Sônia. O trabalho em questão. *Revista de Ciências Sociais*, Florianópolis, v. 15, n. 22, 2º sem. 1997.

LYRA FILHO, Roberto. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1982.

_____. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1980.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1988.

MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARANHÃO, Délio. *Dos instrumentos trabalhistas normativos e do limite de sua eficácia no tempo*. In: *Relações Coletivas de Trabalho*. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord). São Paulo: LTr, 1989.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 11.ed. São Paulo: LTr, 1991.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 17.ed. São Paulo: LTr, 1997.

MARX, Karl. *A questão judaica*. Rio de Janeiro: Achiamé, s/d.

_____. *O Capital*. 3. ed. v. I, Livro I, Tomo I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

_____. *Trabalho assalariado e capital*. São Paulo: Acadêmica, 1987.



MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista - 150 anos depois*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização – O assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1998.

MATTOSO, Jorge. Globalização, neoliberalismo e flexibilização. In: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). Curitiba: Edibej, 1998, p. 39-49.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1990.

MIQUELUZZI, Oswaldo. Do fordismo-taylorismo à acumulação flexível: ascensão do individualismo e queda das organizações sindicais. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998, p. 257-283.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais. Contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução do direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MORAES NETO, Benedito Rodrigues. *Marx, Taylor, Ford — as forças produtivas em discussão*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

MORRIS, Desmond. *O macaco nu – um estudo do animal humano*. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLEA, Manoel Alonso. *Da escravidão ao contrato de trabalho*. Curitiba: Juruá, 1990.



OLIVEIRA, Olga M. Boschi Aguiar de. O Contrato-Lei no Direito do Trabalho Mexicano. In: Gilberto Stürmer. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149-167.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A terceirização e os modelos de organização do trabalho e da produção. In: *Suplemento Trabalhista da LTr*, São Paulo: LTr, n. 140, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES, Waldir. *Exposição sobre Reforma Previdenciária*. Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, 30 de abril de 1997. Veiculada pela TV Senado em 30 de maio de 1997, 15h00?

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAGO, Luzia Margareth; MOREIRA, Eduardo F.P. *O Que é Taylorismo*. 7.ed., São Paulo: Brasiliense, 1993.

RAMOS, Alexandre Luiz. *Contrato temporário de trabalho. Combate ao desemprego ou redução do custo da força de trabalho?* São Paulo: LTr, 1999.



- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Revista IstoÉ, de 26 de abril de 2006, n. 1905, São Paulo: Ed. Três, 2006, p. 89-90.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- ROCHA, Euclides Alcides. O Enunciado n° 331 do TST: terceirização x locação de mão-de-obra. *Revista Genesis*, n. 25, jan. 1995.
- ROCHA, Ronald. O mundo do trabalho e o trabalho de luto. In: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; RAMOS, Alexandre (Org.). Curitiba: Edibej, 1998.
- RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização econômica, descentralização produtiva e direitos fundamentais dos trabalhadores. In: RÜDIGER, Dorothee Susanne (coord.). *Tendências do Direito do Trabalho para o século XXI – Globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo*. São Paulo: LTr, 1999. p. 17-32.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I.
- _____. *O direito do trabalho no século XX*. Curitiba: Genesis, 1998.
- SANDRONI, Paulo (Org.). *Dicionário de economia*. 7. ed. São Paulo: Best Seller, 1989.
- SANTOS, Maria Odete. O globo se alarga, se estreita e se afasta: a comunidade imaginária mundial... *Revista Plural*, Florianópolis: APUSFC, ano 5, n. 8, jul./dez. 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SINGER, Paul. *Globalização e desemprego – Diagnóstico e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.



TAVARES PAES, Paulo Roberto. *Curso de Direito Comercial*, 2.ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1996, v. II.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Contrato temporário de trabalho — comentários à Lei n. 9.601/98. In: *Revista LTr*. vol. 62, n. 2, fevereiro de 1998, p. 151-161.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil: obrigações e contratos*. 9. ed. São Paulo: RT, 1990.

WATANABE, Ben. “Karoshi”, novo estilo de morte causada pelo trabalho, s/p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. O Direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria, p. 85. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole, Florianópolis: Fund. José Arthur Boiteux, 2005.

_____. *Pluralismo Jurídico: pensamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1997.



Ramos, Alexandre Luiz

Fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI e a dignidade da pessoa humana / Ramos, Alexandre Luiz. – Florianópolis : O Autor, 2006.

305 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Teoria da relação de emprego. 2. Princípio de proteção ao trabalho. 3. Dignidade da pessoa humana. I. Título.