



Novos modelos de trabalho criaram desequilíbrio e insegurança

Apontar a transformação do trabalho e suas relações parece ser tarefa simples para quem viveu os últimos 40 anos. Pode ser feita pela simples indicação das experiências decorrentes dos avanços produzidos pela tecnologia da informação ou, de outra maneira, sistematizada, tomando-se um maior corte de tempo, segundo um critério histórico-temporal, mediante um olhar sobre a evolução da organização dos sistemas produtivo, isto é, de suas fases pré-industrial, industrial e pós-industrial.

Na fase do desenvolvimento do capitalismo industrial, no ápice da teoria liberal^[1], em sua maioria, o trabalho implicava uma condição degradante, na qual trabalhadores eram submetidos a jornadas exaustivas, em ambientes insalubres, perigosos; não detinham direitos e poder de reivindicação, mulheres eram discriminadas, e crianças, exploradas.

Desse contexto histórico decorre o início dos protestos e revoltas contra o sistema de exploração imposto pelo capitalismo da revolução industrial, fomentando as primeiras críticas à alienação do trabalho. A relação de trabalho subordinado transforma-se na força motriz do processo produtivo desta sociedade. Grandes corporações surgem com poder tão grande e ameaçador como o próprio Estado. Cidades são construídas em torno da grande indústria promovendo a formação de conglomerados urbanos de operários^[2]. Formava-se uma consciência de classe, conclamando mudanças nos rumos econômicos e, sobretudo jurídicos e, ainda, revelando a inevitável falência do sistema liberal. O Direito do Trabalho, portanto, se firma como um contraponto, um sistema de contrafreio, projetado para equilibrar a relação entre capital e trabalho.

Com isso, um processo regulatório-adaptativo se estabelece: na medida em que os meios produtivos evoluem, as leis trabalhistas o acompanham. Por exemplo, se a energia possibilitou o trabalho noturno e, por decorrência, um aumento desproporcional jornada, em contraponto, o Direito do Trabalho vinha regulamentar a questão — note-se que nesse caso passou a ditar o próprio ritmo da vida (oito horas de trabalho, oito horas de descanso, oito horas de sono); se um ambiente se mostrava nocivo em razão da descoberta de um novo produto químico, também a legislação trabalhista estabelecia medidas protetivas.

O avanço entre legislação, tecnologia e sociedade, porém, é notoriamente desigual. Aquele ambiente de trabalho, antes previsível, no qual um trabalhador podia passar uma vida inteira prestando serviços a um mesmo empregador, começa a se desfazer. O mundo se torna um lugar menor com a globalização, e os elementos de estabilidade se desfazem. A característica é a fragmentação proporcionada por novos modos de produzir, organizar o trabalho e reger os conflitos. Todo esse processo de transformação se deu e se processa muito rapidamente.

Ao explicar a transição para a fase pós-industrial, Domenico de Masi conclui se tratar não de uma pequena mudança de paradigma, onde velhos problemas se tornam novos e mais complexos, mas de uma verdadeira modificação, em escala mundial, para um modelo novo de sociedade.

O ambiente clássico do local de trabalho fixado em um local predeterminado, usualmente em grandes galpões, estabelecido nos centros urbanos, teve o seu paradigma quebrado, já que a prestação de serviços pode ser executada em qualquer parte do mundo. Mais do que isso, o processo de ruptura é maior, pois diz respeito à mudança também da essência da antiga relação bilateral de trabalho subordinado. A



parasubordinação[3] deu um primeiro golpe no eixo central do principal fundamento do contrato de emprego. O surgimento da figura do pequeno empreendedor criou um sujeito estranho, que transita livremente nas duas posições, ora parece um empregado, ora um empresário, às vezes uma figura híbrida, que vai minando com a estrutura tradicional regulada pelo Direito do Trabalho — o subordinado.

O modelo regulatório-adaptativo do Direito do Trabalho, então, entra em colapso. A promessa de velocidade normativa, a ser produzida pela adoção de um sistema de consolidação de leis, em detrimento a opção da codificação, sucumbe a esta nova realidade.

Apesar de todo o processo de transformação ocorrido, em especial no universo do trabalho, o antagonismo de interesses presente na relação capital trabalho se manteve intocado. A manutenção desse antagonismo parece estar ligada a um estado maior inerente a um modelo conflitivo de sociedade, conforme Márcio Pugliese[4].

Da mesma maneira como ocorre na relação de emprego, o conflito permanece presente, também, com seus representantes ou grupos de pressão, tais como as federações dos empregados e empregadores, confederações, sindicatos, centrais sindicais, associações e na própria Justiça do Trabalho.

O Direito do Trabalho tem por definição clássica, conforme proposição de Octavio Bueno Magano, ser um conjunto de princípios e normas direcionadas à relação de trabalho, com o objetivo de melhorar a “condição social do trabalhador”[5], assumindo função protetiva, intrinsecamente ligada à questão social e atribuindo ao empregado a qualidade de hipossuficiente e, conseqüentemente, ao empregador a de parte mais forte na relação. Parte da premissa, portanto, da vulnerabilidade de uma das partes, aceitando uma desigualdade real, em distinção a outras áreas fundadas na isonomia entre partes.

Esse fator promove diferença significativa com outras áreas do Direito, isto é, neste caso, na forma como essas áreas tratam o contrato e manifestação da vontade dele emanada. No Direito comum, a vontade das partes é soberana, assim como as condições contratualmente celebradas; na área trabalhista essa manifestação é relativizada, o espaço contratual é reduzido a situações não tangentes àquelas disposições tidas como de proteção ao trabalho; à realidade fática prevalece sobre os institutos contratuais — princípio da primazia da realidade.

Outro traço marcante distintivo reside na constatação de ter o ordenamento jurídico trabalhista consagrado[6] fontes diversas da lei, quais sejam, a jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais de direito, em especial, de caráter trabalhista, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito Comparado. Por seu turno, no Direito comum há uma tendência à adstrição a lei como fonte.

Esse conjunto de diferenças concernentes ao Direito do Trabalho, em especial a valorização dos princípios e jurisprudência, portanto, resultam numa proposta diferenciada em comparação com outras áreas do Direito no tocante a proposição positivista.

Feitas essas considerações sobre as particularidades do Direito do Trabalho retomemos, então, a questão das ameaças promovidas pela “sociedade ilíquida”[7]. As transformações operadas no sistema produtivo, decorrentes da tecnologia da informação, automação, organização do trabalho, por ameaçarem o núcleo de proteção do Direito do Trabalho subordinado e suas instituições, impulsionaram o Direito do Trabalho a adaptar-se em relação ao seu modelo de atuação. O Direito do Trabalho passou a maximizar



a aplicação de princípios e da jurisprudência, frente às normas escritas, utilizando-se da justificativa da proteção aos direitos dos trabalhadores, mas por uma via não tão convergente a doutrina positivista.

Para refletir sobre a ponderação, tomemos como exemplo o tema da terceirização. Não obstante se encontrar dentro do eixo fundamental de tutela (proteção ao trabalho subordinado), não há atualmente uma conceituação legal sobre essa matéria. Diante da omissão legal sobre o tema, a principal construção intelectual referente à terceirização trabalhista é a Súmula 331 do TST, que, em síntese, estabelece duas as premissas necessárias ao respaldo da terceirização: (i) que o serviço seja especializado e ligado tão-somente a atividade-meio do tomador (sem, contudo, que tenhamos clara a definição); (ii) que não haja, na relação em questão, pessoalidade e subordinação direta do empregado terceirizado quanto à empresa tomadora. Verificando-se qualquer infração, nesse âmbito, forma-se o vínculo empregatício diretamente com a pessoa jurídica que efetivamente se utilizou da mão de obra, ou seja, a empresa tomadora.

A grande polêmica do tema, porém, reside na questão do que vem a ser atividade-meio ou, por outro ângulo, atividade-fim, conceitos diametralmente opostos e essenciais para a definição dos serviços que podem ser licitamente terceirizados. A ausência de uma norma positivada disciplinando integralmente a terceirização tem provocado grande celeuma. Por um lado, na perspectiva empresarial, argumenta-se sobre a insegurança jurídica — ainda que terceirize atividades compreendidas como meio, não há maiores obstáculos a modificações de entendimento jurisprudenciais, com consequência de efeitos financeiros retroativos, pois tudo está em meio a uma grande zona cinzenta; contrariedade à tendência mundial irreversível de especialização da atividade produtiva, com ganhos em qualidade, competitividade e produtividade. De outro, os trabalhadores argumentam que haverá redução de direitos trabalhistas e conquistas sociais adquiridas. Mas, a questão vai além!

Nos anos 1990, duas leis foram promulgadas sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Uma instituindo um regime geral, e outra sobre serviços de telecomunicações. Ambas [\[8\]](#) abordaram a possibilidade de contratação de terceiros, para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a de projetos associados.

Nas duas hipóteses o posicionamento dos tribunais trabalhistas e do Tribunal Superior do Trabalho foi no sentido de promover os efeitos de aplicação do conteúdo da Súmula 331, ainda que de maneira contrária ao texto legal. Esse posicionamento da Justiça do Trabalho, frequentemente verificado em outros casos, expõe saída dessa ordem jurídica pela prevalência de outras fontes positivadas, que não as de direito material, ou seja, da própria lei, num sentido de transformar a própria ordem social.

O contraponto deste modelo “sui generis” é que o sistema de pesos e contra freios proposto pela teoria da separação de poderes fica completamente fragilizado. O fruto da produção legislativa, produzido regular e democraticamente tende a ser estigmatizado, colocado de lado e não praticado.

Além disso, o posicionamento judicial trabalhista, que já é proposital e naturalmente tendencioso, passa a transmitir a sensação de um ativismo judicial, contrário ao bom senso, a equidade, criando um arcabouço de decisões desproporcionais, assim como descrito na obra *Cadáveres Adiados*, de Rui Cunha Martins, cujo conteúdo transcrevemos adiante:

“Em conclusão: (i) o sistema jurídico tem de decidir se quer ser o redentor de promessas incumpridas patrocinando a vingança popular face à desigualdade socioeconômica persistente por



intermédio do sacrifício dos privilegiados, algo que o sistema econômico nunca foi capaz de levar a cabo; se persistir neste caminho arrisca-se a ser o idiota útil de serviço^[9]”.

Naturalmente, a repetição dessa forma de sentenciar criou um padrão de resposta judicial, em que a transposição ao direito positivado encontra maior liberdade, desde que favorável ao trabalhador. O reflexo dessa tendência é que os elementos de fundamentação, assim, ampliam-se em relação ao universo do direito abarcando soluções inerentes a economia, antropologia, sociologia, direitos humanos e outras áreas de conexão com o Direito, mas, muitas vezes, sem uma mínima aplicação técnica, afastando-se do caminho da ciência judicial ou de uma teoria de direito, seja ela ao viés positivista de Kelsen, Hart ou na formulação de Dworkin.

Ao final do dia, então, nos deparamos com uma aporia. O Direito do Trabalho subordinado tem seu núcleo fundamental ligado à proteção da relação de emprego e, em especial, ao empregado, parte vulnerável nessa relação. A relação emprego é composta de empregado e empregador; o Direito do Trabalho cria modelos adaptativos para se ajustar ao ritmo de mudanças proporcionadas pelo sistema produtivo; mas, paradoxalmente, os modelos criados, e em especial as saídas usadas pelo Judiciário frente ao conflito, afetam a realidade dessas partes, criando desequilíbrios e insegurança, a ponto de pôr em risco a ordem própria dessa relação.

[1] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011, pg 221.

[2] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho: Mauricio Godinho Delgado. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007, pg 86 e segs.

[3] O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 26ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 560.

[4] PUGLIESE, Márcio. Teoria do direito / Márcio Pugliese. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 15.

[5] MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Parte Geral. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1991, p.59.

[7] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Tradução, Plínio Dentzien, pg. 51.

[8] A Lei 8.987/95 abordou a terceirização mediante seguinte redação: Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. Por seu turno a Lei 9.472/95 prevê: Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a



implementação de projetos associados.

[9] MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadavers adiados: corrupção, expectative e processo penal / Rui Cunha Martins. São Paulo: Atlas, 2013, pg. 77.

Date Created

20/08/2016