

JUSTIÇA DO TRABALHO: UM NOVO ROSTO À PROCURA DE UMA NOVA IDENTIDADE

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI*

Resumo: O artigo analisa os efeitos da alteração estabelecida pela EC 45, em face do artigo 114 da CF/88, notadamente quanto à edificação de um novo padrão de normatividade. Enfoca particularmente o significado da expressão *relações de trabalho* e enfrenta questionamentos a respeito da relação de consumo.

Sumário: 1. Um século nos separa; 2. A velocidade da mudança; 3. As alterações mais significativas para o direito trabalhista; 4. A nova identidade não prescinde das características peculiares; 5. Principais características da relação de trabalho não empregatícia; 6. Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de consumo; 7. Direito material aplicável numa relação de trabalho sem vínculo empregatício; 8. Direito processual aplicável numa relação de trabalho sem vínculo empregatício; 9. Os principais benefícios; 10. Conclusão; 11. Bibliografia.

Palavras-chave: Reforma constitucional trabalhista; Conceito de relação de trabalho; Relação de consumo.

**“O Direito é essencialmente uma coisa viva.
Ele está destinado a reger homens, isto é, seres que se movem,
pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não pode ser
a imobilização, ou a cristalização da vida”.**

Henri de Page

**“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas,
que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos
caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o
tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado,
para sempre, à margem de nós mesmo”.**

Fernando Pessoa

1. UM SÉCULO NOS SEPARA

No início do século XX nosso país era uma imensa fazenda, com pequenos

aglomerados urbanos. A vinda dos imigrantes, tangidos pela depressão que arrasou a Europa, varrida por duas grandes guerras, revolucionou as técnicas agrícolas até en-

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é juíza titular da 9ª Vara do Trabalho de Campinas – Doutora em Direito do Trabalho nível de pós-graduação pela USP- Universidade de São Paulo.

tão mantidas de maneira rudimentar, num ambiente farto de água, sol, e terra fértil que não exigia muito esforço, pois, afinal, "em se plantando tudo dá", confirmando o relato do navegador português a el rei, desde o descobrimento.

Embora tardio, o industrialismo trazido por Vargas, e impulsionado por Juscelino, encontrou na CLT um marco normativo apto a regular as relações trabalhistas, numa organização produtiva marcada pela grande fábrica, que concentrava um número expressivo de trabalhadores num mesmo local, operando sob o padrão fordista.

2. A VELOCIDADE DA MUDANÇA

O acelerado desenvolvimento tecnológico, desencadeado nas décadas finais do século XX, alterou de maneira radical a vida de cada um de nós, a economia, e o modo de trabalhar. No curto espaço dos últimos 50 anos tivemos mais mudanças do que nos 300 anos anteriores. Há intensa e acentuada exigência por velocidade e rapidez. As formas de produzir se tornam cada vez mais complexas e sofisticadas.

Não existem mais os critérios, que anteriormente assinalavam a divisão entre trabalho urbano e rural, que marcou o século XX. Hoje, tanto no campo como nas cidades, a divisão se opera entre o trabalho de concepção e o trabalho de execução. O primeiro reúne os melhores postos de serviço, os mais bem remunerados, em que o nível de exigência qualitativa vem crescendo de maneira significativa, provocando, em consequência, crescentes mudanças também em relação aos que atuam no trabalho de execução. Esses novos tipos de trabalhadores passam a ter vínculos de diversas naturezas, diferentes do padrão empregatício até então majoritário. Surgem novas espécies de relações de trabalho, diminui o número dos que são empregados sob o regime da CLT.

Ante esta nova realidade, a Justiça do Trabalho, cujo aparato organizacional, doutrinário e jurisprudencial foi todo centrado na perspectiva do trabalho empregatício / subordinado, passou a ocupar o centro das discussões, que por pouco não concluíram por sua extinção, por considerar sua reduzida área de abrangência, centrada num único tipo de vínculo contratual, cada vez menos usado, que não justificava a manutenção de sua grande estrutura.

Logo se percebeu, entretanto, que a extinção da Justiça do Trabalho redundaria num vácuo institucional difícil de ser preenchido, notadamente em face de sua experiência e sensibilidade social, num campo volátil e explosivo, como o que trata das relações entre o capital e o trabalho.

A Emenda Constitucional 45, recentemente editada, transformou o debate político e sociológico em questionamento jurídico / normativo, provocando três linhas básicas de reação.

A primeira, daquelas que defendem que sua promulgação não trouxe nenhuma novidade. Com dificuldade para processar o imenso volume de infor-

mações diárias, preferem refugiar-se no conforto do modelo antigo, velho conhecido, fácil de entender, sem maiores complicações. Consideram que o mundo do trabalho continua dividido entre camuflados empregados/empregadores

Embora compreensível que haja dificuldade em relação ao novo, tal não pode levar ao conforto do comodismo. Como um dos poderes da república brasileira, detentor do monopólio da força, que impede o cidadão de fazer justiça com as próprias mãos, o Judiciário está institucionalmente obrigado a oferecer resposta adequada aos novos conflitos. Se isso passa a ser ignorado, com adoção de um comportamento autista, pautado por uma realidade fática que deixou de existir, tal resulta num proceder obsoleto, que

"Com dificuldade para processar o imenso volume de informações diárias, preferem refugiar-se no conforto do modelo antigo, velho conhecido, fácil de entender, sem maiores complicações."

não apresenta à sociedade as respostas necessárias, deixando de cumprir a Constituição, de fazer valer os princípios nela albergados quanto a proteção do trabalho humano, como um dos valores fundamentais da república brasileira.

Uma prestação jurisdicional defasada, aquém das necessidades de uma sociedade em constante e veloz mutação, descredita o Poder Judiciário e, o que é pior, o transforma em presa fácil de interesses outros. Um judiciário desatualizado, com os olhos fixos no passado, perdido no dilema hamletiano do ser / não ser, contribui para a paralisia que corrói os parâmetros balizadores do comportamento social. Ademais, embora involuntariamente, também atende aos interesses nem sempre reveláveis, dos que precisam de uma atuação frágil e ineficaz, para poder manipular com mais facilidade as teias de poder e de controle econômico da nação.

A verdade é que interessa, e muito, e a muitos, manter o juiz do trabalho preso a uma perspectiva de viés reducionista, dotada de pouca efetividade para garantir a real implementação dos direitos trabalhistas. Tanto isso é verdade que, após 60 anos de vigência da CLT, os doutrinadores são unânimes em apontar o reiterado descumprimento das normas basilares ali estabelecidas. Tal constatação, longe de respaldar a manutenção do *status quo*, aponta para a necessidade de mudanças, pois embora sirva de referência, o passado não pode mais ser adotado como diretriz.

A segunda, dos que estão no outro extremo, sustentam que a EC 45/2004 abriu todas as portas e a Justiça do Trabalho passou a ter competência ampla, geral e irrestrita, para conhecer todas as demandas relativas, ao mundo do trabalho. Tal interpretação pode levar a paralisia pelo excesso, tornando a

máquina judiciária inadmissível, comprometendo sua eficácia, o que também atende aos interesses dos que apostam no seu estrangulamento.

Como contraponto aos extremos, e adotando as reflexões de Aristóteles, a virtude está no meio. É evidente que, se houve a promulgação de uma emenda constitucional, a situação institucional não continuou a ser a mesma. E isto ocorreu para que o Poder Judiciário Trabalhista possa bem decidir, em consonância com a nova realidade dos fatos.

Portanto, longe de se pautar pela matriz doutrinária, que bebe apenas nas fontes sociológicas e filosóficas dos dilemas existenciais sartrianos, do niilismo de Camus e de Nietzsche, que permearam o século XX, levando à falta de atitude e aceitação apática da maioria, providencialmente estimulada por uma hábil minoria que, de forma sorrateira e discreta, mas não menos eficaz, procurou manter o controle de todas as situações sociológicas, econômicas, políticas e jurídicas relevantes. Assim, é preciso superar a postura conformista, ampliar o horizonte e considerar também a notável contribuição de outros pensadores, que prepararam o terreno para o

advento de uma nova perspectiva, abrindo os caminhos do século XXI como Heidegger¹ que, numa releitura de Kant, desvelou a relevância do contexto histórico, social e econômico na formação da realidade do ser-aí, sem desmerecer a importância do sujeito, destinatário do padrão normativo que rege a vida em sociedade, de modo que não há mais como desconsiderar toda a abrangência da veloz mudança ocorrida nos últimos anos no mundo do trabalho. Como bem observou Hans Georg Gadamer², ver “o que é *justo* significa o contrário não do erro ou da ilusão, mas da cegueira”. A manutenção da cegueira impede a realização do justo e corrói a sociedade por dentro, transformando-a

“A manutenção da cegueira impede a realização do justo e corrói a sociedade por dentro, transformando-a num triste espectro, que passa a vagar a procura de um rosto, de uma identidade.”

¹Heidegger, Martin - Ser e tempo - tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback - Editora Vozes 2002

²Gadamer, Hans Georg - O problema da consciência histórica - Edições Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro 1998 - p. 55

num triste espectro, que passa a vagar a procura de um rosto, de uma identidade.

Assim, a terceira posição caminha no sentido de **constitucionalizar** o direito do trabalho, priorizando a Constituição não apenas em sua diretriz formal como carta política. Reconhece, principalmente, sua natureza de matriz material "dirigente", na expressão do constitucionalista português Canotilho³, ao ressaltar que a interpretação da norma constitucional "é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta", ponderação que encontrou terreno fértil no pensamento de Luís Roberto Barroso⁴ e Paulo Bonavides⁵, além das judiciosas considerações de José Afonso da Silva⁶.

Se o escopo é concretizar os princípios constitucionais, é essencial não só a exegese axiológica, mas também uma conduta assertiva, que confira concretude aos valores ali albergados, o que torna necessária a atuação calcada num pensamento "orientado a valores", como explica Karl Larenz⁷, tendo como base de sustentação o princípio da supremacia da Constituição, como fundamento da legitimidade da atuação jurisdicional. Neste passo, ressalta Konrad Hesse⁸, a interpretação jurídica de um texto constitucional e sua aplicação aos casos concretos se constitui num processo único, que não pode ser cindido.

Uma mudança na lei, torna obsoletas bibliotecas inteiras.

Se esta mudança não é só legal, mas constitucional, a inadequação da doutrina anterior deve ser prontamente reconhecida como tal, sob pena de se descumprir a Lei Maior, que rege a vida política e institucional

do país e das pessoas que habitam seu território.

É exatamente esse o risco maior que se corre.

Tenho visto com tristeza a análise reducionista de doutrinadores de expressão. Pessoas, que discorriam com proficiência sobre questões focadas no vínculo empregatício, estão revelando extrema dificuldade para entender os desafios postos pela nova realidade do mundo do trabalho, para a edificação de outros parâmetros normativos. Embora seja compreensível, que uma alteração deste porte não se opere de um dia para o outro sem rupturas, é absolutamente imprescindível reconhecer que a mudança tem que ser feita, sob pena de incorreremos num quadro perigoso de anomia.

Ora, não se pode admitir que um poder constituído, como o Judiciário Trabalhista, ignore que um número expressivo de trabalhadores deste país atuam em situações diferentes das descritas na CLT, que houve uma mudança radical da realidade no mundo do trabalho, e continue a decidir com base num padrão normativo **alterado por emenda constitucional**.

Por isso, não tenho dúvidas de que, embora respeitáveis os doutrinadores que contribuíram para a interpretação do marco regulatório que vigorou no século XX, este modo de pensar é insuficiente para entender a crescente complexidade da realidade do novo século que ora se inicia.

Não se trata de escolha ou preferência, mas de um dever.

O cidadão brasileiro tem direito a uma prestação jurisdicional justa e eficaz, que analise o conflito trabalhista **como ele é, como ele se apresenta na realidade, e**

³Canotilho, J.J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição - pág. 1086

⁴Barroso, Luis Roberto - O controle da constitucionalidade no direito brasileiro - Editora Saraiva -

⁵Bonavides, Paulo - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores

⁶Silva, José Afonso da - Manual da Constituição de 1988 - Malheiros Editores

⁷Larenz, Karl - Metodologia da ciência do direito.

⁸Hesse, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha - pág 55

não como os doutrinadores gostariam que se apresentasse.

A aderência do padrão normativo à realidade, que deve ser disciplinada, é condição de legitimidade para o exercício da jurisdição.

A decisão judicial se destina a resolver um problema concreto, de um homem de carne e osso, e as análises doutrinárias e jurisprudenciais tem que ter esse compromisso com a realidade, não podem se perder em divagações etéreas do passado, sob a perspectiva de um modelo organizacional e produtivo que deixou de existir.

Além disso, fica cada vez mais evidente que o novo modelo normativo conferiu ao juiz poder expressivo, não só para interpretar, mas também para complementar o enunciado da norma. A jurisprudência passa a ter importância fundamental, para promover a regulamentação inclusiva do trabalhador, assim considerado em sua acepção ampla, mesmo que não inserido numa relação empregatícia.

Em virtude disso, além de fundada na convicção, a decisão passa a ser pautada também pelo dever de responsabilidade, pelos efeitos que gera no comportamento não só das partes que integram um processo, mas em todo o meio social em que o trabalho se desenvolveu.

A ética da responsabilidade se soma à ética da convicção, e o julgador passa a ter cada vez mais consciência da repercussão de suas decisões.

Com efeito, a inexistência de uma legislação infraconstitucional, que regulamente de forma ampla as novas competências trazidas pela EC 45, torna necessária uma atuação jurisdicional mais efetiva, seja no diagnóstico preciso do cerne dos conflitos, seja no oferecimento de soluções. Trocando em miúdos, a alteração da norma trabalhista contará, cada vez mais, com a jurisprudência como importante fonte de direito,

para que o novo modelo de normatividade promova a inclusão, no ordenamento, também do trabalhador não assalariado, principalmente quando a realidade revela que há uma nova forma de trabalhar, marcada essencialmente pela fragmentação, pela multifuncionalidade, que não dispõe mais de espaço para a operação da grande fábrica.

3. AS ALTERAÇÕES MAIS SIGNIFICATIVAS PARA O DIREITO TRABALHISTA

O primeiro dado relevante, a merecer destaque quando se analisa a EC 45, é que houve uma mudança estrutural no parâmetro de fixação da competência, que agora está focado na matéria. Liebman já explicava que⁹ “a competência pela matéria é estabelecida segundo a natureza da causa”. Deste modo, a “prestação de trabalho” passa a ser considerada como a matéria que determina a competência de uma Justiça Especializada, pouco importando o tipo de vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

E tal ocorre porque a alteração da realidade fática assim exige. A prestação de um trabalho pessoal, em benefício do outro, configura um cerceamento da liberdade do prestador. Ao alienar sua força de trabalho, o trabalhador aliena junto a sua própria pessoa, a sua própria liberdade, abdicando-se de um lapso temporal de sua vida, em benefício dos interesses de outrem.

O direito do trabalho não visa garantir apenas a igualdade dos que trabalham sob as mesmas condições. Trata também de preservar a liberdade de quem trabalha, ou seja, de fixar balizas para garantir que o desempenho de uma atividade, desenvolvida como necessária para possibilitar a subsistência, não restrinja a liberdade e a vida do trabalhador, além de determinadas balizas legais. Por isso, limite de jornada não pode ser entendido como direito restrito do empregado, devendo ser considerado de forma mais ampla em relação também a todo trabalhador. E isso porque, ao limitar a duração da

⁹Liebman, Enrico Túlio - Manual de Direito Processual Civil - volume I - pág 67

jornada a um determinado número de horas diárias, o direito do trabalho garante ao trabalhador o direito de viver sua própria vida, a liberdade para viver as demais horas como quiser, guiado pelos seus próprios interesses. Sob tal perspectiva, trata-se de preservar um direito fundamental, o direito à vida por inteiro, o direito de ir e vir.

Como ressalta Alice Monteiro de Barros¹⁰ a “situação jurídica na qual o homem livre subordina-se a outro, deriva-se da relação que existe entre trabalho e propriedade. A propriedade atrai a força de trabalho e permite que seu titular a dirija, pois os frutos desta atividade lhe pertencem, como também os riscos do empreendimento econômico”.

Assim, no contrato de emprego a atividade laboral independe do resultado. Há a utilização de matéria-prima, e dos instrumentos de trabalho da empresa, que assume os riscos do negócio. O empregador controla as atribuições inerentes a função a ser realizada, e o modo de realizá-la, pois detém o controle total daquele que atua como parte integrante da organização empresarial.

Ante a nova realidade fática, que exige intenso investimento na concepção, e uma massa maior de atividade intelectual do trabalhador, este controle deixa de obedecer aos contornos supra referidos, e os elos de subordinação passam a ser substituídos pela coordenação, com diversas e diferentes variáveis. Não há subordinação como no contrato de emprego, mas diferentes modalidades de contratos, prestados com diferentes graus de liberdade negocial, a exigir diferentes graus de tutela, dependendo do nível de controle de uma parte sobre a outra. Alice lembra do conceito de trabalho parassubordinado, edificado na Itália, frisando que a “instituição do trabalho parassubordinado, ao lado do trabalho autônomo e do trabalho subordinado implica, sem dúvida, redimensionamento do Direito do Trabalho. Em primeiro porque, se esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação e ‘per-

seguir os fugitivos’ como alerta Uriarte na hipótese de burla à subordinação jurídica. Afora dessa hipótese, é necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão dessa disciplina, analisando quais institutos seriam devidos ao trabalhador”.

3.1 A priorização da matéria como critério definidor de competência

Ao instituir a matéria como principal critério definidor de competência, o novo artigo 114 da CF/88 quebra tradição secular no direito brasileiro, e confere unidade às instituições que detém atuação jurisdicional no mundo do trabalho.

Não obstante a questão referente à abrangência dos entes de direito público estar *sub judice*, pendente de julgamento no STF, todos os demais incisos apontam nesta direção. Não é por outra razão, que foram trazidos ao âmbito do judiciário trabalhista, os pleitos que envolvem direito de greve, as ações sobre representação sindical, mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, as relativas às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, além da execução de ofício das contribuições sociais.

3.2 O direito como sistema

A alteração constitucional elimina a pulverização dos órgãos reguladores e consolida um **sistema**, que coloca a Justiça do Trabalho como órgão competente para julgar as questões referentes ao trabalho, independentemente do regime jurídico adotado, da natureza das pessoas, ou do tipo de regulamentação que rege os institutos e órgãos envolvidos.

Antes, a análise estava centrada num contrato de trabalho, celebrado sob um único tipo de vínculo, o empregatício/subordinado.

Agora, passa a abranger todo o tipo de contrato de trabalho, independentemente da natureza jurídica do vínculo que o formata e, mais do que isso, disciplina os efeitos des-

¹⁰Monteiro de Barros, Alice - Curso de Direito do Trabalho - Editora LTR - 2005 - págs 257 a 264.

ta contratação, no que se refere as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, as contribuições sociais dela decorrentes, a atuação sindical, os mandados de segurança, *habeas corpus e habeas data* que com este se interrelacionam.

Nesse passo, a contratação trabalhista não pode mais ser analisada como fenômeno isolado, que interessa apenas aos dois pólos de uma relação jurídica, pois gera efeitos em todo o sistema. Em decorrência de sua experiência em julgar conflitos de conotação coletiva, que envolvem macrolésões, a Justiça do Trabalho tem condições para aquilatar as reais dimensões de uma lide trabalhista em seu conceito amplo, superando o viés reducionista de uma decisão jurídica apenas centrada na análise de um determinado contrato, passando a considerar também os demais pontos de sustentação do sistema normativo, o que representa um avanço significativo para a efetividade das decisões.

Com efeito, a tendência anterior de conferir ao direito do trabalho apenas a natureza empregatícia leva um duro golpe, pois passam a ser consideradas novas modalidades contratuais, suas especificidades e repercussões também em questões de direito público, constitucional e administrativo, face ao reconhecimento da importância do trabalho como valor fundante da república (artigo 1º CF/88). Assim, logo se percebe que não adianta condenar reiteradamente determinada empresa, a pagar horas extras em vários processos individuais, se não for conferida efetividade às penalidades administrativas, impostas pela fiscalização trabalhista, pois é preciso desestimular a prática lesiva como um todo, e a reiteração do ilícito em relação a outros empregados, mesmo que não estejam configurados como autores de uma reclamação trabalhista. A cominação de multas, e sua efetiva cobrança, pode funcionar neste sentido.

É uma ampliação de perspectiva, que deixa de focar apenas a conduta ilícita já praticada e discutida nos autos de um processo judicial, passando a analisar a questão de maneira mais abrangente, visando à intensificação de cominações repressivas, que possam reduzir essa lesividade também em relação aos que não integram a lide judicial, como vacinas que vão conferir maior poder de imunidade ao tecido social, estimulando a formação de anticorpos gerados pelo próprio sistema.

Desse modo, passa a existir uma atuação coordenada e modernamente articulada em rede, entre os vários setores de um

mesmo sistema, fundado no trabalho como valor, o que contribui de maneira significativa para impedir que, aquele que dependa de seu trabalho para sobreviver, tenha que se sujeitar a um estado de submissão e menoridade como cidadão, independentemente da natureza jurídica do vínculo laboral existente.

Se à primeira vista o ângulo de abrangência parece assustar a muitos pela sua amplitude, logo se percebe que ela é necessária, notadamente se for sustentada por dois pilares importantes. Um deles consiste

“Um deles consiste em reconhecer que a competência para processar e julgar um número maior de lides, cujas matérias são correlatas à questão trabalhista, confere ao ordenamento maior operabilidade, evitando os gargalos que provocam insegurança jurídica. O outro, em constatar que é imperioso reduzir o nível subjetivo e ideológico, priorizando os parâmetros científico-jurídicos no enfrentamento das matérias controvertidas.”

em reconhecer que a competência para processar e julgar um número maior de lides, cujas matérias são correlatas à questão trabalhista, confere ao ordenamento maior operabilidade, evitando os gargalos que provocam insegurança jurídica. O outro, em constatar que é imperioso reduzir o nível subjetivo e ideológico, priorizando os parâmetros científico-jurídicos no enfrentamento das matérias controvertidas.

3.3 A Constitucionalização do Direito do Trabalho

Assim, para bem entender as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45 na seara trabalhista, é imprescindível trazer à colação o pensamento de Canotilho, já

anteriormente referido, quanto aos princípios reitores da interpretação da norma constitucional. Como lembra Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹, o princípio é “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”... por isso, violar “um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos”.

Entre os mais relevantes, podemos destacar:

- a - o princípio da unidade- A Constituição não é um amontoado de normas justapostas mas, sim, um conjunto centrado numa determinada concepção. No caso, está focada na idéia de que todo trabalho desenvolvido por uma pessoa física, que por ele recebe uma contraprestação, deve ser objeto de tutela por uma Justiça Especializada.
- b - o princípio do efeito integrador- as soluções devem ser buscadas com base em critérios, que favoreçam a integração das diversas esferas de regulação, de modo que a solução de um conflito não pode levar ao surgimento de outro questionamento, mas deve ser buscada de tal forma a impedir que surjam novos problemas.
- c - princípio da máxima efetividade- a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de levar ao cumprimento mais eficaz das demais normas postas pelo sistema.

d - princípio da concordância prática ou harmonização- segundo o qual é preciso distinguir e coordenar a aplicação do sistema regulatório dos bens jurídicos em conflito, a fim de se evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Assim, se passarmos a atribuir à Justiça do trabalho a competência para julgar relações de consumo, como compatibilizar a proteção que a lei trabalhista confere ao trabalhador, com a proteção que a lei 8.078/90 (CDC) garante ao consumidor?

A análise de tais matérias leva à necessidade de atentar para o conceito de proporcionalidade, ao qual Willis Santiago¹² também se refere como o “mandamento da proibição de excesso”, bem como ao princípio da eficiência que, no magistério de José Afonso da Silva¹³, “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação dos serviços públicos de qualidade”, o que implica em tratar também das regras definidoras de competência, pois “o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental”.

3.4 Um caminho já delineado

Embora a Justiça do Trabalho tenha sido constituída para julgar predominantemente as relações empregatícias, antes da edição da EC 45 o ordenamento infraconstitucional já lhe atribuía competência para julgar conflitos de outra natureza, tais como os que se verificavam:

- a - entre trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços- artigo 643 *caput* da CLT
- b - entre trabalhadores portuários e o OGMO- parág. 3º do artigo 643 CLT
- c - resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice- artigo 652 III CLT
- d - trabalhadores rurais não inseridos no conceito de empregados- artigo 17- lei 5889/73.

¹¹Bandeira de Mello, Celso Antonio - Elementos de Direito administrativo - RT, 1991, p.p. 299/300)

¹²Guerra Filho, Willis Santiago - Processo constitucional e direitos fundamentais - 2ª edição revista e ampliada - Celso Bastos Editor - São Paulo 2001 - pág 62

¹³Silva, José Afonso - Curso de Direito Constitucional

As intensas alterações culturais, sociais e econômicas, que se processaram com ritmo acelerado a partir da 2ª metade do século XX, foram reduzindo a um universo cada vez menor o trabalho assalariado com vínculo empregatício. A grande diferença é que não se trata apenas de uma mudança conjuntural, mas sim de uma alteração estrutural, que pouco tempo atrás provocou questionamento relevante, quanto a desnecessidade de manter uma justiça especializada com competência cada vez mais reduzida, quando um número considerável de trabalhadores estava fora de seu alcance jurisdicional.

Tal situação levou à constatação fática de um número cada vez mais elevado de trabalhadores, cujas relações laborais se situam numa zona *grise*, que por um lado revela a inexistência de subordinação nos moldes celetistas, e por outro lado demonstra a fragilidade do prestador de serviços, pessoa física em face do tomador, o que anteriormente só permitia a abordagem simplista maniqueísta, não tendo o juiz outra opção senão dar a integralidade do vínculo empregatício, ou não dar nada, julgando a ação improcedente.

O risco de sentenças antagônicas em relação a trabalhadores que se ativavam lado a lado, algumas concedendo, outras negando o vínculo, gerava insustentáveis situações de injustiça, que perigosamente comprometiam a legitimidade da atuação jurisdicional, reduzindo a eficácia do sistema, e comprometendo sua operabilidade, exigindo a ampliação da diretriz já sinalizada quanto à ampliação de competências, para que novas, e adequadas respostas, pudessem ser oferecidas às novas demandas.

4. A NOVA IDENTIDADE NÃO PRESCINDE DAS CARACTERÍSTICAS PECULIARES

Assim, o escopo da reforma consistiu em assegurar as condições necessárias, para que a Justiça do Trabalho mantivesse suas características peculiares, possibilitando que os demais trabalhadores também

pudessem usufruir de um órgão jurisdicional comprometido com:

- A CELERIDADE
- REJEIÇÃO DOS FORMALISMOS INÚTEIS
- A PREOCUPAÇÃO DE EFETIVAMENTE RESOLVER O CONFLITO REFERIDO NA LIDE EM JULGAMENTO E NÃO APENAS O PROCESSO
- A INCONTESTE CAPACIDADE DE CONSIDERAR A EQUIDADE COMO FONTE DE DIREITO - NOTADAMENTE PARA SOLUÇÃO DE SITUAÇÕES-LIMITE
- A SENSIBILIDADE COM OS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA DECISÃO QUE DESBORDA OS ESTREITOS LIMITES DO PROCESSO.

O fato de ainda não existir regulamentação infra-constitucional quanto ao estabelecido nos novos incisos do artigo 114 da CLT, não pode levar a paralisante conclusão de que se trata apenas de norma programática como alegam alguns.

Pelo contrário. Concede ao juiz a possibilidade de participar ativamente da edificação de novos enunciados de normatividade. Assim, ao invés de impedir, estimula a ação jurisdicional, conferindo aos juízes o poder/dever de verdadeiramente complementar o comando normativo, e não apenas de interpretar uma norma que já está posta. E tal não ocorreu apenas em relação à área trabalhista. O novo Código Civil evidenciou de maneira clara que esta nova diretriz veio para ficar, abrangendo todo o ordenamento, como demonstra por exemplo o artigo 421, ao estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, cabendo ao juiz, ante as especificidades do caso concreto, apurar quais são esses limites, e em que consiste essa função social, alçada legalmente como condição de validade do próprio contrato

5. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO EMPREGATÍCIA

Como ressalta Lopes de Andrade¹⁴, as alterações trazidas pela EC 45/2004 representam um passo importante na construção de um novo marco regulatório do mundo do trabalho, objetivando dar um sentido e uma prioridade à liberdade do trabalho humano, contrapondo-se ao viés tradicional e exclusivista que anteriormente restringia tal aplicação apenas ao trabalho subordinado.

Com efeito, se antes a expressão “relação de trabalho” era entendida no sentido de *locatio operis* (direito civil), como matriz contraposta ao do *locatio operarum* (previsto na CLT), a nova redação, imposta pela EC 45 ao inciso I do artigo 114 da CF/88, estabelece uma nova conceituação, que agrupa ambas.

Assim, nesta fase em que estamos tentando fixar rumos e caminhos, que propiciem a correta conceituação da expressão “contrato de trabalho”, é necessário fixar parâmetros pautados por critérios científico-jurídicos, entre os quais podem ser destacados:

- a - a necessidade de ocorrer prestação de serviços por uma **pessoa física**, que destes participa **diretamente**, ainda que conte com a ajuda de terceiros, elemento que a doutrina já considerava ao tratar da pequena empreitada. (artigo 652-III CLT).

Sob tal perspectiva estão **excluídos** o fabricante, fornecedor, *entes despersonalizados* que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção e transformação artigo 3º- lei 8.078/90

Importante destacar a necessidade de considerar o princípio da primazia da realidade no que se refere a certas situações, como a dos representantes comerciais entre outras,

em que a constituição de uma pessoa jurídica se dá por imposição da entidade contratante, ou para auferir benefícios fiscais, mas ocorre de forma fictícia, pois a prestação de serviços na realidade é feita apenas pela pessoa física.

b - onerosidade

Ao disciplinar o contrato de prestação de serviços, o artigo 594 do Código Civil assim considera toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, contratado “mediante retribuição”. Portanto, estabelece que um dos requisitos necessários para sua configuração consiste na existência de uma retribuição feita ao prestador. Deste modo, se houver gratuidade e não ocorrer retribuição, não haverá contrato de trabalho.

c - profissionalidade

Embora alguns doutrinadores façam menção à profissionalidade como requisito, não comungo deste entendimento. Numa realidade que exige um trabalhador cada vez mais multifuncional, a prestação pode ocorrer mesmo por quem não detém uma determinada profissionalidade, de modo que sua inexistência, quando comprovada a prestação laboral onerosa, não afasta a configuração de um contrato de trabalho

d - O objeto preponderante é a própria atividade

O contrato de trabalho é essencialmente um contrato de atividade. Entretanto, como acontece com toda regra, há exceções como a empreitada, que consiste num contrato de trabalho de resultado. Porém, constitui exceção que apenas confirma a regra.

¹⁴Lopes de Andrade Everaldo Gaspar - Direito do trabalho e pós-modernidade - Fundamentos para uma teoria geral Editora LTR - 2005 - pag 356

e - A continuidade

Não se pode confundir atividade com continuidade. Se a continuidade é exigível para configurar o vínculo de emprego, tal não ocorre quando se trata de um contrato de trabalho, cuja existência se revela mesmo quando inexistente a continuidade.

Grupo de juízes que participaram de recente debate promovido pela Escola da Magistratura do TRT 15, num encontro realizado em Campinas, considerou a pessoalidade física e a contraprestação (que tenha ou não expressão econômica), como os principais requisitos que caracterizam as relações de trabalho submetidas à competência desta Justiça Especializada, tendo a maioria rejeitado a continuidade.

f - A não-eventualidade

O mesmo ocorre com a não eventualidade. Diferentemente do que ocorre com o vínculo de emprego (artigo 3º da CLT), ela não é necessária para configuração de um contrato de trabalho, que pode ocorrer mesmo quando há prestação de trabalho eventual.

6. AS DIFERENÇAS ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO

6.1 O conceito da relação de trabalho é diferente do conceito de relação de consumo

Ao fixar a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar relações de trabalho, a EC 45 aí incluiu as relações de consumo?

Inicialmente, é preciso considerar que a lei 8.078/90 foi editada com o escopo de estabelecer normas de proteção e defesa do

consumidor, excluindo expressamente as “relações de caráter trabalhista”, de sorte que este balizamento não pode ser desconsiderado, colocando no lugar do consumidor o prestador de serviços, pois tal se constituiria numa aberração jurídica, que logo se revelaria insustentável, sob pena de tornar letra morta os princípios da unidade e de efeito integrador do sistema.

A relação consumerista continua sob a competência da Justiça Comum, e ocorre quando estiverem presentes os seguintes elementos:

De um lado o **fornecedor.**

Pessoa física, jurídica, ou entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços - artigo 3º - lei 8.078/90.

De outro lado, o **consumidor, protegido** pela lei 8078/90 “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**, sendo que nos termos do artigo 2º, do parágrafo único - “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Como bem explica Dallegrave Neto¹⁵, o grande critério definidor consiste em apurar a seguinte distinção: se o trabalhador é contratado para possibilitar a viabilização econômica de certo empreendimento, há uma relação de trabalho. Se o trabalhador oferece seus serviços ao público em geral, e o tomador beneficiado for o usuário final (consumidor), não há uma relação de trabalho, mas uma relação de consumo, pois este se constitui em seu objetivo final. Otávio Amaral Calvet¹⁶ também defende essa diretriz, explicando que “a relação de trabalho não ocorre entre o trabalhador e o usuário final do serviço”.

¹⁵Dallegrave Neto, José Affonso - Primeiras linhas sobre a competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário - in Nova Competência da Justiça do Trabalho - coordenadores Grijalbo F. Coutinho e Marcos Neves Fava - Editora LTr - 2005.

¹⁶Calvet, Otávio Amaral - “A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho x relação de consumo” - Revista LTRjaneiro de 2005 - págs 55/57

Assim, haverá relação de trabalho quando houver:

De um lado o trabalhador. Prestador de serviços, pessoa física.

De outro lado o fornecedor, fabricante, pessoa física, Jurídica, ou entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção e transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços - não é o destinatário final.

Inclui

- 1 - advogado e escritório de advocacia
- 2 - médico e hospital
- 3 - motorista de táxi e empresa que explora essa atividade econômica
- 4 - corretor de imóveis e empresa de corretagem
- 5 - corretor de seguros e seguradora
- 6 - representante comercial e tomador de serviços
- 7 - transportador autônomo e empresa de transporte
- 8 - parceiro ou arrendatário rural e proprietário

Inclui também - como exceção à regra geral

- diarista-residência
- pequena empreitada - artigo 652 CLT

Exclui

- 1 - advogado / cliente
- 2 - médico / paciente
- 3 - motorista de táxi e cliente
- 4 - corretor de imóveis e cliente
- 5 - corretor de seguros e cliente

7. DIREITO MATERIAL APLICÁVEL NUMA RELAÇÃO DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Quanto ao direito material, resulta inequívoca a aplicação das leis específicas que regem diferentes tipos contratuais, o Código Civil quanto ao disposto nos artigos 593 a 609, mais os que estabelecem regramento genérico como o artigo 477 do NCC quanto ao *exceptio non adimpleti contractus*, em caso de descumprimento da obrigação por um dos contratantes, e o constante do artigo 478 que disciplina a onerosidade excessiva.

Os contratos de trabalho regidos pelo Código Civil deverão observar os princípios estabelecidos quanto à boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, bem como que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", sendo os contratantes obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, a probidade e boa-fé. Ressalta Fabrício Zamprogná Matiello¹⁷ que, além das sanções específicas, contidas na legislação para o caso de transgressão a estes últimos requisitos, pode-se afirmar que ao julgador é facultado interpretar as cláusulas contratuais nos limites impostos pelo ordenamento, com viés mais favorável "a quem agiu com bom espírito, em detrimento daquele que se portou inadequadamente, sob o prisma da lisura procedimental exigida dos contraentes".

Por outro lado, é crescente o questionamento quanto à aplicação do artigo 7º CF/88, notadamente em relação aos direitos assegurados aos "trabalhadores", que por isso não poderiam mais ser entendidos como privativos dos empregados, tais como:

- 1 - Salário (valor mínimo, irredutibilidade, proteção, piso profissional)
- 2 - Pagamento do trabalho noturno superior a do diurno.
- 3 - Limite diário e semanal de duração da jornada contratada

¹⁷Matiello, Fabrício Zamprogná - Código Civil comentado - Editora LTR - São Paulo-2003

- 4 - Observância das normas referentes a segurança e saúde na prestação do trabalho.

Diferentemente ocorre em relação a férias (artigo 129 CLT), 13º salário (lei 4090), DSR (lei 605) e FGTS (lei 8.036/90), pois estabelecidos como direitos inerentes a um vínculo de emprego. Porém, nada impede que, de *lege ferenda*, possam ser considerados na edificação de um novo modelo protetivo, que venha beneficiar aos trabalhadores não empregados, com observância das especificidades de cada tipo de contrato.

Há projeto de lei no Congresso Nacional (PL 6.671/02) que visa alterar o artigo 652 da CLT. No entanto, como sua tramitação teve início antes da promulgação da EC 45, que trouxe alterações significativas para a questão, penso que o debate deve ser ampliado, para abranger a discussão também quanto aos direitos trabalhistas referentes às relações não empregatícias, ante as normas constitucionais e o deslocamento de competência para esta Justiça Especializada.

8. DIREITO PROCESSUAL APLICÁVEL NUMA RELAÇÃO DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

Ao discorrer com propriedade sobre direito processual, Cândido Dinamarco¹⁸ ressalta que, apesar do direito processual ostentar autonomia reconhecida, e ter sua "localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material, não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques," não só porque o processo é uma "das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos" mas, também, porque há "*faixas de estrangulamento*, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico", pois na verdade "todo o sistema

processual constitui reflexo da ordem jurídico-material, à qual é instrumentalmente conexo". Deste modo, ficaria sem sentido o deslocamento de competência da Justiça Comum para a Trabalhista, sem a adoção do rito que lhe é próprio.

Nesse passo, em relação às regras processuais parece haver certa consonância, no sentido de que deve ser priorizada a trabalhista, exceto quando incompatível, por se considerar que a técnica, os procedimentos e os fundamentos do direito processual trabalhista são distintos, e mais adequados para disciplinar o trâmite do conflito trabalhista, assegurando certos particularismos de vanguarda, como já assinalava Américo Plá Rodrigues¹⁹. Com efeito, o valor de certas regras procedimentais próprias, que desde a origem distinguiram o processo trabalhista, passou a ser cada vez mais reconhecido pelo direito processual comum, com a adoção de certos institutos, que antes lhe eram exclusivos. Ademais, radicalmente comprometido com a priorização da celeridade, simplicidade, gratuidade e impulso de ofício, também oferece instrumentos que possibilitam o processamento jurisdicional mais eficaz, dos conflitos coletivos e das macro-lesões, cada vez mais freqüentes no mundo do trabalho, mesmo naquele não pautado pelo vínculo empregatício.

9. OS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS

Embora se denote uma certa resistência no meio jurídico, o que é natural num momento de mudanças, é preciso ressaltar a grande contribuição trazida pela EC 45/2004 na seara trabalhista, principalmente por propiciar os seguintes benefícios:

- 1 - unidade de jurisdição;
- 2 - sistematização científica;
- 3 - maior eficácia do Direito como balizador de conduta no mundo do trabalho;

¹⁸Dinamarco Cândido Rangel - Instituições de Direito Processual Civil - Malheiros Editores - 2005 - págs 61/62/65/66 Editora LTR - SP - 1992.

¹⁹Plá Rodrigues, Américo - Visión Crítica del Derecho Procesal del Trabajo in Proceso do trabalho na América Latina

- 4 - efetividade da decisão do conflito trabalhista, analisado sob uma perspectiva mais abrangente (repressão das condutas lesivas - multas administrativas);
- 5 - garantia de acesso a uma Justiça Especializada, o que possibilita a adoção de regras específicas e adequadas para cada situação;
- 6 - ampliação do nível de proteção no mundo do trabalho como um todo e, portanto, um passo a mais para o cumprimento do escopo constitucional, quanto ao reconhecimento do trabalho como valor indispensável para a vida em sociedade;
- 7 - Otimização da função do direito para:
 - fixar critérios balizadores da conduta humana
 - promover a efetiva decidibilidade dos conflitos.

Num momento em que a sociedade brasileira passa por um período de turbulência em seu padrão normativo, marcado pela fragilidade dos parâmetros comportamentais e das regras de conduta, ao reconhecer o trabalho como critério definidor de competência e razão de ser de uma justiça especializada, a EC 45 é clarão de lucidez, que acentua o caminho rumo a uma sistematização científica do direito do trabalho. Nascido como contraponto ao direito civil, em relação ao qual delineou seus limites de aplicação, o direito do trabalho ultrapassa essa relação dual e amplia sua área de abrangência, passando a manter inter-relação mais estreita com outros ramos do direito, assim alargando o âmbito de sua autonomia científica.

Tal representa um avanço institucional de peso.

“Num momento em que a sociedade brasileira passa por um período de turbulência em seu padrão normativo, marcado pela fragilidade dos parâmetros comportamentais e das regras de conduta, ao reconhecer o trabalho como critério definidor de competência, e razão de ser de uma justiça especializada, a EC 45 é clarão de lucidez, que acentua o caminho rumo a uma sistematização científica do direito do trabalho.”

Com efeito, numa sociedade em que a malandragem, a esperteza e o compadrio sempre desempenharam um papel relevante, em que os interesses políticos e de ordem pública reiteradamente mantiveram uma relação incestuosa com os laços pessoais e familiares, erigir o trabalho como valor de sustentação representa um salto significativo, dando concretude a princípios fundantes da república. Com efeito, se antes era possível dizer que o “bom” profissional do direito era aquele que conhecia as “brechas”, que abriam caminho para o descumprimento da lei dentro da “legalidade”, hoje cada vez mais isso soa como heresia jurídica. O Direito passa a ser visto

com mais seriedade, encarado como instrumento a ser efetivado para a construção de uma sociedade decente. Não porque o homem se tornou um anjo cândido e imaculado, mas porque do jeito que está não dá para viver. O caminho da decadência pessoal e social será irreversível.

Como resposta, para debelar o ambiente institucional de caos, como o que estamos vivendo, o Direito rompe com a tradição, e não só reconhece a moralidade como valor jurídico, mas também lhe confere

a condição de sustentação da própria legalidade, como alternativa de solução para a sociedade que deseja superar a permissividade corrosiva, que deteriora o ser humano e compromete o futuro da nação. A velha idéia de que o círculo de abrangência do direito é diferente do delineado pela moral, até hoje exaustivamente ensinada em faculdades de direito, se torna claramente ultrapassada e superada, porque rejeitada pela realidade da vida. Impossível sustentar a existência de uma lei despartada da moralidade que lhe é subjacente, que a identifica com os valores da sociedade, cujas relações visa regular.

Ao atribuir a Justiça do Trabalho com-

petência para processar e julgar relações de trabalho em sentido amplo, e não apenas as de vínculo empregatício, o artigo 114 se atrela ao disposto no artigo 1º da CF/88, erigindo uma sistematização jurisdicional para tratar da questão do trabalho, por reconhecer o seu valor como um dos pilares de sustentação do Estado brasileiro.

Ampliando a competência da Justiça Especializada, a EC 45 recompõe normativamente a fragmentação, que o capitalismo impôs aos diversos tipos de prestação do trabalho humano, guiado apenas por interesses econômicos. Abre a possibilidade do Direito retomar seu norte, priorizando a lógica jurídica em detrimento da lógica econômica, que insidiosamente tentava assumir o controle, pouco se importando com o valor institucional do trabalho humano, para a constituição e manutenção de uma sociedade decente.

Neste universo, a mudança de mentalidade dos juizes se revela fundamental, pois "o direito só será num determinado país, num determinado momento histórico, o que os juizes forem como homens". Como bem ressalta Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁰ "ao juiz cabe dar a solução mais justa possível, integrando valorações pertencentes a legalidade positiva, com as valorações oriundas de crenças e convicções sociais, usos e costumes", seguindo a senda aberta por Recaséns Siches²¹, ao propor a "lógica do razoável" como método de interpretação, pautado não só pela lógica mas, também, por critérios de valorização das condicionantes históricas, sociais e econômicas da realidade fática que visa regular, considerando os textos legais não mais como comandos, que estabelecem uma única e determinada solução, mas como "guias na descoberta da solução justa".

Ao discorrer sobre o papel do juiz na aplicação da lei, Alípio Silveira traz à colação o pensamento de Kohler, para quem "a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma

interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançar os fins humanos, para fomentar a cultura, para conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação", com o objetivo de erradicar a violência, estabelecer a estabilidade e a paz social, imprescindíveis para o aprimoramento do homem e o desenvolvimento da sociedade, de modo que a ação do juiz é essencialmente criadora.

Realmente, como bem ponderava Hauriou, "reduzir o direito a uma técnica é rebaixá-lo". Assim, é preciso entender a essência da Emenda Constitucional 45, particularmente quanto à necessidade do juiz do trabalho interpretar a lei, em conformidade com os desafios lançados por uma realidade fática cada vez mais complexa e cambiante, em que o mundo do trabalho amplia sua área de abrangência, e passa a impregnar as demais atividades humanas.

Diversamente do que ocorreu no século passado, no mundo de hoje o "tempo de trabalhar" não é mais um compartimento estanque, que tem hora para começar e hora para terminar. Sem perceber, estamos trabalhando todo o tempo e, por isso, o velho modelo do "vínculo empregatício celetista" se apresenta cada vez mais restrito a determinados segmentos. Ademais, em alguns destes novos modos de trabalhar houve significativa redução do espaço, anteriormente ocupado pelo modelo tradicional de subordinação, ocorrendo uma "coordenação dirigida", marcada por diferentes níveis de condicionamentos balizadores da atividade do novo trabalhador, o que impede a adoção de uma resposta unívoca, um *tamanho único*, que não se amolda aos diferentes tipos de relações contratuais.

Daí ser preciso reconhecer que a atuação do juiz não se restringe mais a interpretar a norma posta. É chamado a completar o próprio enunciado da norma, na cons-

²⁰Teixeira, Sálvio de Figueiredo - O juiz- seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo - Li varia Del Rey Editora Ltda - Belo Horizonte - 1999 - pág 157 a 182

²¹Siches, Recaséns - Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable - México - 1971.

trução jurisprudencial de um novo modelo de direitos trabalhistas, garantidos com observância de diferentes especificidades também aos trabalhadores não empregados, que atuam em diferentes níveis e graus de dependência/coordenação.

E assim é porque, como bem destaca Sálvio de Figueiredo Teixeira, o “estado democrático de direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não é mais visto como mero poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da nação responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vindo-as sempre dotada de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio-ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está a nele confiar e a reclamar sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento de jurisdição”, reflexão que se reveste de incrível importância e atualidade nos dias de hoje.

Caetano Lagrasta Neto²² também caminha neste sentido, ao salientar que “não bastam leis onde faltem inteligências capazes de bem aplicá-las e de instrumentalizar o processo”, explicando que “mudar mentalidades é interpretar leis novas ou códigos antigos, de acordo com os direitos dos cidadãos e da sociedade”.

Kazuo Watanabe²³ lembra que, para a consolidação e aprofundamento dos avanços já alcançados, é preciso que o mundo jurídico brasileiro, através dos juízes, considere que houve “profunda mudança na re-

alidade sócio-política do país e nas leis processuais e materiais que procuram se adequar a essa nova realidade”. Chama atenção para a necessidade do Judiciário tomar consciência das novas funções que deve assumir, sob pena de criar obstáculo à atuação estabilizadora do direito, abrindo caminho para um perigoso vazio institucional, o que colide com o princípio constitucional da eficiência. Explica que fazer do jurídico, o justo, é o grande desafio da jurisdição. Para obtê-lo, é preciso priorizar a vontade normativa da nação sobre a atuação estatal, pois as normas e os valores da nação, albergados na Carta Constitucional, devem reger e balizar a interpretação das leis postas pelo Estado. Como ressalta Reginaldo Melhado, a “ampliação da competência da Justiça do trabalho poderá levar um pouco de seus princípios, para que todos os trabalhadores possam receber pelo menos parte dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal”.

Nesse passo também segue Márcio Túlio Viana²⁴, explicando que “se a realidade hoje tem múltiplas faces, o Direito do Trabalho terá de refleti-las, para que possa, em seguida, refletir-se nelas, corrigindo suas maiores distorções. Nesse sentido, terá mesmo que ser flexível, tal como a nova empresa tem sido; mas mantendo firme seu princípio protetor, tal como ela faz com sua lógica de acumulação”. Por isso, reconhecer essa nova realidade “não significa, naturalmente, conformar-se mas interagir com ela, corrigindo-a na medida do possível e neutralizando os seus efeitos quando não houver outra saída. Assim o papel do direito do trabalho terá que ser bem maior do que já jamais foi. Ele servirá de costura a esses recortes de vida, com proteção variada e variável, mas sempre presente, e muito mais efetivo do que hoje”, pois o “foco da Justiça e do próprio Direito do Trabalho não é (ou não deve ser) a relação de emprego e, sim, qualquer forma de trabalho humano”.

²²Lagrasta Neto, Caetano - Cidadania e Magistratura - in Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- nº 1- set/dez 1996 - Apamagis págs 177 a 182)

²³Watanabe, Kazuo - Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade - in “Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- set/dez 1996 - págs 149 a 151

²⁴Viana, Márcio Túlio - Relações de Trabalho e competência - esboço de alguns critérios - Revista LTR 69 - 06 - págs683 a 693

10. CONCLUSÃO

Se é verdade que até o advento da Constituição de 1988 o Judiciário era tido como um poder "menor", "recolhido e acanhado", a nova Carta veio ampliar sua área de abrangência. Abriu espaço para sua atuação mais efetiva e institucional, como o terceiro poder da república brasileira, responsável pela garantia dos direitos do cidadão, tornando cada vez mais insustentável o desprezo e o desdém, tão bem sintetizados na máxima varguista da "a lei, ora, a lei" que marcou todo um período de menoridade da cidadania.

Com efeito, apesar dos paradoxos que a marcaram, não se pode deixar de reconhecer que a Constituição Federal de 1988 foi a que mais valorizou o exercício da jurisdição. E não apenas isso. Criou novos direitos e sinalizou caminhos, para que o juiz pudesse sair da tradicional inércia, assumindo uma atuação propositiva na edificação de um Judiciário mais eficiente, descomplicado, preocupado em construir uma nova identidade, mais próxima da satisfação dos anseios da nação.

A Emenda Constitucional 45 exponenciou esta circunstância em relação ao Judiciário trabalhista, ao garantir o exercício do trabalho como uma atividade marcada pelos valores da igualdade e da liberdade, independentemente do regime jurídico adotado, fazendo valer a diretriz estabelecida no inciso IV do artigo 1º da Carta de 1988. Assim, a superação do trabalho empregatício, como único tipo contratual passível de tutela por uma Justiça Especializada, não significa a redução da proteção mas, pelo contrário, a possibilidade de edificação de um sistema mais eficaz, que assegure o exercício de qualquer modalidade de trabalho como valor constitutivo do conceito de dignidade pessoal e, também, como instrumento de edificação de uma sociedade mais decente. Tal tarefa assume proporção considerável por se tratar de um país continental, que congrega várias e diferentes realidades, num mundo do trabalho em que a relação contratual deixou de ser unívoca, passando a ser caracterizada por crescente complexidade e pluralidade, marcada por diferentes níveis de desigual-

dade e de subordinação, desde as mais acentuadas como no vínculo de emprego, até as mais tênues, em que muitas vezes as partes partilham ombro a ombro as mesmas tarefas, atuando em verdadeira parceria, sem subordinação, inexistindo ascendência de um sobre o outro.

Neste contexto é muito importante que a edificação de um novo marco normativo, comprometido com o princípio da proteção, deixe de se pautar por um discurso meramente acadêmico e verborrágico, dito e repetido de forma monocórdica e autista, sempre na mesma toada, ignorando as radicais transformações das últimas décadas, e reassuma seu compromisso com a realidade da vida, atento às diferentes e múltiplas condições em que o trabalho é efetivamente prestado, não fugindo ao enfrentamento das peculiaridades da questão a ser examinada, processada e decidida. Se por um lado é forte o apelo para manutenção do padrão doutrinário anterior, pois o conhecido é muito mais confortável do que o novo, cujos parâmetros precisam ser construídos, etapa por etapa, por outro lado é absolutamente necessário que se resista a esta tentação, pois ela poderá desencadear uma séria crise de legitimidade, além da perda de oportunidade ímpar para o aprimoramento da justiça trabalhista, como um dos pilares institucionais de sustentação da república brasileira.

E isso,convenhamos, é muito difícil.

Requer do julgador conhecimento histórico, econômico e sociológico dos valores postos pela nação. Requer, também, grandeza de espírito para reconhecer que, sobre suas paixões e ideologias pessoais, prevalece o padrão axiológico posto pela Constituição Federal para nortear a formação da convicção, no reexame de conceitos até então tidos como indiscutíveis, que insistem em manter a atenção presa ao passado, enquanto a sociedade deste país jovem, em que tudo está para ser construído, clama por uma atuação mais eficaz no presente, com os olhos postos no futuro, especialmente quanto à necessidade de garantir segurança jurídica, afastando um relativismo cada vez mais exacerbado, que fragmenta os alicerces do Direito e retira sua força normativa,

notadamente quando pretende reduzi-lo a um amontoado de "achismos" subjetivos, que se não for debelado pode levar o cidadão do século XXI a uma posição mais fragilizada do que qualquer súdito medieval.

Neste sentido, lembra Teubner²⁵, que um dos problemas mais candentes da pós-modernidade é a autonomia do sistema jurídico. Não se trata de desconhecer a notória interconexão entre o "sistema jurídico e os restantes subsistemas sociais", mas de ressaltar que as "normas *extrajurídicas* só adquirem validade jurídica após a sua seleção pelo código interno próprio do sistema jurídico, e que, por outra banda, sempre que as normas jurídicas entram no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque as mesmas foram tidas como importantes à luz de critérios de relevância extra-jurídicos próprios do sistema em causa". Assim, embora o julgador deva se manter permeável às condicionantes históricas, sociológicas e econômicas de seu tempo, não pode permitir que estas atuem como determinantes da decisão, que é sua atribuição específica, e deve ser pautada por um balizamento jurídico.

Admitir, que a falta de regras claras que definam os parâmetros desta seleção, e a dificuldade para distinguir o que é importante, do que se apresenta como urgente, possam levar todo o processo decisório a depender dos "humores subjetivos" de quem analisa, provoca uma instabilidade social nefasta, cada vez mais inaceitável, que pode erodir não só o direito como ciência mas, principalmente, sua função de sustentação da vida numa sociedade decente.

Ao procurar uma solução para um problema concreto, o jurisdicionado fica perplexo ao se defrontar com o juiz-filósofo, o juiz-sociólogo, o juiz-sindicalista, o juiz-economista, entre outros, que paradoxalmente deixa de reconhecer o valor normativo da

regra jurídica estabelecida pela nação, e passa a priorizar como balizamento de conduta as extrajurídicas, fixadas por outros subsistemas sociais, que deveriam apenas atuar como coadjuvantes do processo decisório, o que leva a insegurança e instabilidade.

O que o jurisdicionado quer, e tem direito de exigir, porque assim está posto na Carta Constitucional, é que seja preservado o lugar que o juiz tem de ocupar numa sociedade fundada no Estado de Direito, evitando que fique vazio, e possa ser ocupado por qualquer usurpador que estiver à espreita, muitas vezes travestido de pseudo legitimidade, o que na maior parte dos casos só fica evidente quando já houve um estrago institucional de grande monta.

O cidadão quer menos sofismas e menos adjetivos.

Quer mais substantivo.
Quer o juiz.

A alteração promovida pela EC 45, em relação ao artigo 114 da CF/88, abre um caminho que liberta o ordenamento jurídico trabalhista de um passado que deixou de existir, embora alguns doutrinadores teimem em manter inalterado por medo de enfrentar o novo. Confere à jurisdição trabalhista um choque de realidade, colocando em suas mãos novas ferramentas, capazes de garantir a *humanitas*, contra a barbárie, no mundo do trabalho.

É preciso impedir que as vaidades pessoais, os interesses setoriais, e os pré-conceitos já estereotipados, aborem o nascimento de uma nova identidade, recortem e desfigurem o novo rosto, transformando-o numa caricatura.

Aceitaremos o desafio?

²⁵Teubner, Gunther - O Direito como sistema autopoietico - tradução de José Engrácia Antunes - Fundação Calouste Gulbenkian - Lisboa

11. BIBLIOGRAFIA

- HEIDEGGER, Martin - Ser e tempo - tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback - Editora Vozes 2002.
- GADAMER, Hans Greorg -- O problema da consciência histórica - Edições Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Livraria Almedina - Coimbra - Portugal - 5ª edição
- BARROSO, Luis Roberto - O controle da constitucionalidade no direito brasileiro - Editora Saraiva.
- BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores.
- SILVA, José Afonso da - Manual da Constituição de 1988 - Malheiros Editores
- LARENZ, Karl - Metodologia da ciência do direito.
- HESSE, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.
- LIEBMAN, Enrico Túlio - Manual de Direito Processual Civil - volume I. - Forence - Rio
- MONTEIRO DE BARROS, Alice - Curso de Direito do Trabalho - Editora LTR - 2005
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - Elementos de Direito administrativo - RT, 1991.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago - Processo constitucional e direitos fundamentais — 2ª edição revista e ampliada - Celso Bastos Editor - São Paulo 2001
- SILVA, José Afonso - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores
- LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar - Direito do trabalho e pós-modernidade Fundamentos para uma teoria geral - Editora LTR - 2005.
- DALLEGRAVENETO, José Affonso - Primeiras linhas sobre a competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário - in Nova Competência da Justiça do Trabalho - coordenadores Grijalbo F. Coutinho e Marcos Neves Fava - Editora LTR - 2005.
- CALVET, Otávio Amaral - "A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho relação de consumo - Revista LTR janeiro de 2005 - págs 55/57
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna - Código Civil Comentado - Editora LTR - São Paulo - 2003.
- DINAMARCO CÂNDIDO RANGEL - Instituições de Direito Processual Civil - Malheiros Editores - 2005.
- PLÁ RODRIGUES, Américo - Visión Crítica del Derecho Procesal del Trabajo in Proceso do trabalho na América Latina - Editora LTR - 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - O juiz-seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo - Livraria Del Rey Editora Ltda - Belo Horizonte - 1999.
- SICHES, Recaséns - Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable-México - 1971.
- LAGRASTA NETO, Caetano - Cidadania e Magistratura - in Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- nº 1- set/dez 1996- Apamagis.
- WATANABE, Kazuo - Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade - in "Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- set/dez 1996.
- VIANA, Márcio Túlio - Relações de Trabalho e competência - esboço de alguns critérios - Revista LTR 69 - 06.
- TEUBNER, Gunther - O Direito como sistema autopoietico - tradução de José Engrácia Antunes - Fundação Calouste Gulkenkian - Lisboa.