

O NOVO DIREITO DO TRABALHO*

THE NEW EMPLOYMENT LAW

Fábio Rodrigues Gomes**

RESUMO: Neste artigo, objetivei revisar os fundamentos do velho direito do trabalho para, em seguida, compará-los com os fundamentos do novo direito do trabalho, originário da Reforma Trabalhista. Ao longo da exposição, foram colocados alguns exemplos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – geralmente respaldando o velho direito do trabalho – e do Supremo Tribunal Federal – denotando que o movimento precursor à Reforma partiu do posicionamento majoritário do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: In this paper, I intent to review the bases of the old employment law and compare them to the bases of the new employment law, extracted from the Employment Law Reform. During the exposition, I gave some examples of the Superior Labor Court's decisions – in general, supporting the old employment law – and of the Federal Supreme Court's decisions – showing that the former Reformist movement comes from the high level of the Brazilian Judicial Power.

KEYWORDS: Employment Law. Labor Reform.

1 – Introdução

A novidade sempre provoca reações desencontradas. Para uns, causa desconforto, negação, sensações de perda, angústia e incerteza. Para outros, é um bálsamo: reanima, instiga e produz sensações de ânimo e frescor. Mas como isso é possível? Como sentimentos tão díspares convivem de maneira tão próxima e vindos todos do mesmo fato (*in casu*, da Lei nº 13.467/2017)?

Você, caro leitor, como se sente a respeito da Reforma Trabalhista? Estupefato ou embevecido? Choro e ranger de dentes ou música para os seus ouvidos?

Veja bem. Questionar-se sobre o seu estado de espírito é o primeiro passo para desenvolver sua inteligência emocional. As etapas seguintes são descobrir

* Publicado na coletânea: GOMES, Fábio Rodrigues; TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). *A reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, no prelo.

** Juiz titular da 41ª VT/RJ; mestre e doutor em Direito Público pela UERJ; professor adjunto de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista na UERJ.

a causa para, depois (e talvez), conquistar o autocontrole. Eis aí as tarefas a que poucos se entregam, sendo menos ainda os que dela conseguem se desincumbir¹. As paixões nos serviram por milênios, ajudando-nos a sobreviver, a evoluir e a nos tornarmos o que somos hoje. E durante todo esse processo, ora fomos levados a temperá-las com uma dose de razão, ora fomos tentados a deixá-las correrem soltas, *in natura*, sem limites².

Atualmente, já se sabe que razão e emoção não são antagônicas ou passíveis de serem isoladas. Ao contrário, razão sem emoção é diagnosticada como uma psicopatia, da mesma forma que a emoção em estado puro é um risco à sanidade mental³. Recorrerei a um exemplo famoso para tornar mais palpáveis estas divagações iniciais. Falo do dilema do bonde⁴. Imagine que um bonde está fora de controle e no seu caminho há cinco pessoas amarradas aos trilhos. Na sua frente está a alavanca que, se puxada, permitirá ao bonde alterar sua trajetória, evitando a matança. Entretanto, no caminho alternativo encontra-se uma única pessoa também amarrada aos trilhos. Você puxa ou não a alavanca?

Se, de um lado, adotarmos um ponto de vista moral, o dilema é insolúvel. Matar uma pessoa ou matar cinco dá no mesmo, pois a vida humana é sempre valiosa, independentemente da sua quantidade. Se, de outra parte, adotarmos um raciocínio utilitarista, fará mais sentido puxar a alavanca, pois perder uma vida humana será menos traumático do que perder cinco. Mas a realidade nunca é completamente neutra e nós nunca fomos, somos ou seremos completamente frios e calculistas, por mais que nos esforcemos. E um dos motivos é a emoção que compõe – inexoravelmente – o nosso modo de pensar. Imagine que aquela pessoa sozinha, amarrada ao trilho alternativo, fosse a sua mãe. Acredito que muito provavelmente você sacrificaria as outras cinco para salvá-la. A tortuosa missão de sofisticar este exemplo é infinita e, para o que me proponho, o que disse já me basta.

Sabedores de que raciocinamos e sentimos ao mesmo tempo, às vezes enfatizando mais um dado objetivo e em outras mais uma emoção em ebulição, acaso desejemos analisar a Lei nº 13.467/2017, é fundamental que façamos uma autoanálise para (1) identificar o que estamos sentindo, (2) descobrir por

1 Sobre o tema, cf. GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.

2 HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. São Paulo: Cia. das Letras, 2015.

3 DAMÁSIO, Antônio. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento em si*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999; e DAMÁSIO, Antônio. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. São Paulo: Cia. das Letras, 1994.

4 Por todos, cf. FOOT, Philippa. *The problem of abortion and the doctrine of the double effect in virtues and vices*. Oxford: Basil Blackwell, 1978.

que estamos nos sentindo assim e (3) tentar controlar nossas emoções. Talvez, com isso, consigamos evitar que elas nos conduzam para falsas premissas e/ou para falsas conclusões. Esta é outra evidência psicológica muito realçada nos dias de hoje. Daniel Kahneman, psicólogo vencedor do prêmio Nobel de economia, não me deixa mentir.

Em seu badalado livro *Thinking, Fast and Slow*, ele demonstrou que o nosso cérebro possui dois sistemas de raciocínio⁵. O primeiro, automatizado, a partir do qual agimos intuitivamente com base em nossas emoções, em nosso aprendizado, em nossas habilidades inatas e também naquelas adquiridas através dos nossos hábitos. O segundo, mais lento e analítico, registra a informação e a decompõe, de maneira a extrair as possíveis consequências, opções e estratégias de ação para que, ao final, possamos decidir o que fazer. Você já deve estar se perguntado: aonde ele quer chegar? Este artigo não é sobre a Reforma Trabalhista? Estou comprando gato por lebre?

Posso lhe assegurar que não. Só aparentemente este introito é inusitado ou fora de lugar. O que quis dizer com tudo isso é que muitos de nós, ao nos depararmos com a Lei nº 13.467/2017, deixamos as emoções no comando e, com base nos nossos velhos hábitos, nas lições colhidas nos antigos manuais de direito do trabalho, nas nossas impressões e intuições mais primevas (até mesmo aquelas profundamente enraizadas em nosso inconsciente), criamos uma polarização, à moda do tudo ou nada: ou a repudiamos veementemente ou a congratulamos entusiasticamente. Suponho que é daí, deste vício de origem psicológico, que surgem os “achismos” para todos os gostos, tanto os catastrofistas quanto os excessivamente otimistas.

Neste ensaio, buscarei identificar e refrear minhas emoções, raciocinar com vagar e, é claro, fugir das previsões arbitrárias sobre o futuro do direito do trabalho. No entanto, uma coisa é certa e eu já posso afirmar, sem medo de errar: estamos diante de um novo direito do trabalho.

2 – As velhas premissas do direito do trabalho

Tornando uma longa histórica curta, podemos resumir o velho direito do trabalho em três premissas:

(1) *O direito do trabalho deve ser inflexível.* Salvo raríssimas exceções – topicamente positivadas no art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88 – a jurisprudência

5 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

e a doutrina especializadas não simpatizavam nem um pouco com a negociação contratual⁶.

Para as tratativas individuais, além do enorme desestímulo promovido pelo art. 468 da CLT⁷, via de regra costumava-se usar conceitos indeterminados, obscuros por natureza. Deste modo, eles funcionavam como uma carta em branco para que o advogado, o procurador, o juiz e o professor escrevessem o que bem entendessem. E as duas noções mais difundidas, presentes em onze de cada 10 manuais de direito do trabalho, são as de hipossuficiência e indisponibilidade de direitos.

Começemos pela primeira. A velha ideia de hipossuficiência talhada por Cesarino Júnior é conhecida de todos que já estudaram direito do trabalho no Brasil⁸. Geralmente era associada ao indivíduo fraco economicamente, ao vulnerável, necessitado de recursos para sobreviver, ou melhor dizendo, ao que não dispõe dos meios suficientes à satisfação de suas necessidades básicas, daquelas sobre as quais não podemos transigir, sob pena de morte certa⁹. Comer, dormir e abrigar-se são exemplos corriqueiros destas constantes antropológicas. O núcleo do conceito está, portanto, na diminuta capacidade econômico-financeira da pessoa. Se está bem financeiramente, não é hipossuficiente; se está mal, bem-vindo ao conceito.

Dito isso, volto de mãos dadas com este conceito para utilizá-lo no contrato de trabalho. As pedras de toque aqui são duas: a real liberdade de decisão e a qualidade da informação.

Asseverar, com certeza absoluta, que o empregado não detém liberdade decisória e/ou que está desinformado sobre a decisão a ser tomada é uma impossibilidade fática. Do mesmo modo que afirmar o contrário também o é. Por isso, neste campo de investigação trabalha-se com a presunção razoável.

6 Por todos, cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

7 “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.”

8 Cf. O princípio da proteção: de Cesarino Junior a Arion Romita. In: *Arquivos do Instituto Cesarino Júnior*, n. 33, ano 2009. Disponível em: <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista33-2009.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017.

9 Para uma conceituação das necessidades básicas como aquelas que devem ser satisfeitas para a sobrevivência do indivíduo, independentemente de sua vontade, cf. NINO, Carlos Santiago. *Autonomia y necesidades básicas*. *Doxa*, n. 7, 1990.

Razoabilidade, aqui, no sentido aristotélico de equidade, daquilo que normalmente acontece em nosso cotidiano¹⁰.

As perguntas subjacentes são as seguintes:

(i) É razoável aceitar a ideia de o empregado comprometido em sua capacidade decisória antes ou durante a vigência do contrato?

(ii) É razoável aceitar a ideia de o empregado plenamente capaz de decidir as suas pendências com o empregador após o término do contrato?

No primeiro caso, não se exige muito esforço discursivo para convencer ao brasileiro que o empregado regular, aquele fora do topo da pirâmide hierárquica da empresa, não está livre, leve e solto para abrir mão de resolver seus problemas no Judiciário. O temor reverencial, a dependência econômica, o receio do desemprego, enfim, há fortes indícios de uma “coação” pairando no ar, intoxicando, ainda que inconscientemente, a liberdade individual em toda a sua extensão. No mais das vezes, para qualquer empregado normal seria uma operação de altíssimo risco opor-se às cláusulas impostas unilateralmente pelo empregador, geralmente quem as apresenta no contrato de adesão. Além de mostrar-se como um encrenqueiro, ele estaria pondo em perigo o seu sustento e de seus familiares. Valendo-me de uma categoria do direito constitucional, o seu mínimo existencial¹¹ – aquilo que precisa para suprir suas necessidades básicas e a de seus familiares – estaria comprometido por uma dispensa imediata ou iminente¹².

Já na segunda situação, o desate do nó jurídico passa justamente pela ruptura contratual. Este procedimento talvez amenize ou, muito provavelmente, retire do trabalhador os constrangimentos porventura existentes. Digo talvez porque, como salientado antes, estamos falando de presunções razoáveis. Neste sentido, o que existiu – se existiu de fato – provavelmente deixou de existir ou, quando muito, deixou de influir primariamente na decisão a ser tomada. Ora, não se deve perder de vista que o pior que poderia acontecer já aconteceu.

Portanto, daí em diante, escolher o método de solução das sequelas derivadas de um rompimento truncado está dentro do âmbito de liberdade decisório

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152-155.

11 Sobre o mínimo existencial, cf., por todos: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

12 Para uma análise da proibição do gênero dispensa arbitrária e da permissão forte de uma de suas espécies, a dispensa sem justa causa, cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

do indivíduo¹³. Desde que não haja vício de consentimento, o ex-empregado está plenamente apto a conversar e combinar, de comum acordo com o empresário, qual o melhor mecanismo institucional para aparar suas arestas. Já antecipando um pouquinho do novo direito do trabalho, o cardápio ao qual os empregados e empregadores serão apresentados contém arbitragem, plano de demissão incentivada, distrato, acordo extrajudicial ou Justiça do Trabalho¹⁴. Qual escolher? Eles que decidam.

Caso contrário, estaríamos partindo esta pessoa ao meio com um machado ideológico completamente cego para a realidade. Reflita comigo. Na sua esfera privada, o empregado pode casar-se, comprar ou financiar um imóvel, responsabilizar-se pela educação de seus filhos ou ser punido pela prática de um crime. Apenas em um fragmento de sua vida, o profissional, sofreria uma *capitis diminutio*¹⁵.

Tal como um experimento de laboratório, o todo é ignorado e isola-se, em tese, apenas o pedacinho laboral, como se tudo o mais com ele não se misturasse. Dentro deste tubo de ensaio fictício, adiciona-se a ideologia segundo a qual é indispensável o monopólio do Estado-Juiz para decidir pelo empregado dispensado. O que ele deve ou não deve fazer? Chame o Juiz. Uma cisão artificial de sua autonomia da vontade sem o menor respaldo no mundo de hoje, complexo e plural. Ao menos não se vê isso em quantidade o bastante para gerar uma presunção razoável de que vá se repetir com habitualidade.

Aliás, este despreço pela autonomia não se restringe à esfera individual do hipossuficiente “em abstrato”. Ele também se projeta para o exercício da autonomia coletiva. Pois não são poucos os casos em que árduas e demoradas negociações entre sindicatos e empresários são descartadas pelo Judiciário, sob o argumento de que violam normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Ou seja, mesmo que os trabalhadores reúnam-se em grupo e, de forma livre e informada, venham a customizar as suas condições de trabalho com o empregador, correm o risco de tomarem um “puxão de orelha” do Estado-Juiz. É enorme a chance de serem advertidos e lembrados de que continuam a ser hipossuficientes tutelados e que, como tal, não estão habilitados a dispor dos seus direitos. Decidir sozinho o seu próprio destino? Nem pensar. A rigor, nem em grupo a decisão estará permitida.

13 Cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*: critérios de identificação e aplicação prática. São Paulo: LTr, 2013. p. 119 e ss.

14 Arts. 477-B, 484-A, 507-A e 855-B da CLT, de acordo com a redação da Lei nº 13.467/2017.

15 Em sentido semelhante, cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *De boas intenções e maus resultados*. Disponível em: <<http://jota.info/de-boas-intencoes-e-maus-resultados>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

DOCTRINA

Definitivamente, a jurisprudência trabalhista não é afeita a liberar os sindicatos a construir as suas próprias normas. As tratativas em grupo – apesar de realizadas entre sujeitos com semelhante poder de barganha – sempre foram controladas bem de perto pela Justiça do Trabalho e, nos últimos tempos, com bastante intensidade.

Para ilustrar o que estou dizendo, vale mencionar o RR 1928-03.2010.5.06.024, publicado em 20.02.2014 e cujo relator foi o Ministro Lelio Bentes Corrêa.

Nesta decisão, o TST invalidou instrumento normativo que excluía o direito à contagem das horas *in itinere* em troca da concessão de outras vantagens aos trabalhadores, tais como fornecimento de cestas básicas durante a entressafra, seguro de vida e acidentes de trabalho além do obrigatório e sem custo para os empregados, pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos, pagamento do salário-família além do limite legal, fornecimento de repositor energético e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva. Os Ministros componentes da Seção de Dissídios Individuais I – com exceção apenas do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho – deliberaram que a supressão da contagem das horas de deslocamento entre a residência e o trabalho violava “os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho”. Daí porque esta decisão não encontraria respaldo no art. 7º, XXVI, da CF/88. Disseram, ainda, que o art. 58, § 2º, da CLT é norma de ordem pública, prescrevendo direito indisponível à vontade das partes. Mas indisponível por quê? Esta é a pergunta que não quer calar.

Portanto, nada melhor do que me aproveitar desta linha de raciocínio e falar um pouco sobre a tão propalada indisponibilidade de direitos.

No velho direito do trabalho, costuma-se afirmar de olhos fechados a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores¹⁶. Embora não se apresente um critério seguro e objetivo sobre quais devem ser assim classificados, a crença generalizada é a de que o empregado está em desvantagem econômica, desconhece a integral dimensão dos seus direitos, corre o risco de ser coagido a renunciá-los e de que há normas trabalhistas de ordem pública, tais como os arts. 9º, 444 e 468 da CLT, que o protegem de si mesmo¹⁷. Neste sentido, em 29.05.09, no julgamento do RR 795/2006-028-05-00.8, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, foi dito que: “A vocação protetiva

16 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 204-205 e 218-223.

17 *Idem, ibidem.*

que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho”.

Novamente uma idealização sem dados empíricos que a escorem. Para que se tenha ideia de como o “sólido anteparo” esfarela-se rapidamente diante da primeira brisa de outono, menciono as transações realizadas aos borbotões na Justiça do Trabalho. Basta adentrar em quaisquer das salas de audiência espalhadas por este país continental para que partes, advogados e juízes sejam “flagrados” negociando valores para pôr termo ao conflito. A difamação, a agressão física, o assédio moral gerador de síndrome de *burnout*, o acidente que acarreta grave e definitiva deficiência física ou um grotesco dano estético, a discriminação racial, todas são questões aptas a serem discutidas, sopesadas e, se tudo correr bem, encerradas através da conciliação. Um acordo que, via de regra, se efetiva com o pagamento de valores em pecúnia e que possui cláusula de quitação geral quanto ao extinto contrato de trabalho¹⁸.

Sendo assim, pergunto eu: que indisponibilidade é essa? E a conversão da solução em dinheiro? Há ou não há uma patrimonialização inexorável nessa história?

Quando formos abordar este assunto, logo de pronto devemos respirar fundo e contar até dez. Trata-se de um tema que há muito merece uma reflexão menos apaixonada dos doutrinadores trabalhistas.

Já tive a chance de expor as minhas impressões e de tentar afastar algumas pré-compreensões profundamente enraizadas no imaginário teórico e jurisprudencial brasileiro¹⁹. Por razões de tempo e espaço, peço licença aos mais interessados e sugiro a leitura daquilo que já escrevi mais detidamente em outra ocasião. Todavia, algumas breves considerações devem ser transportadas para cá, pois servirão de luz no fim deste extenso túnel em direção à legitimação do novo direito do trabalho.

O que significa dispor de um direito? Significa que o seu titular pode consentir em um certo grau de enfraquecimento de sua posição jurídica, a fim de permitir que alguém atue de uma forma tal que não o faria, se o consentimento não existisse²⁰.

18 Esta previsão encontra guarida na OJ nº 132 da SDI-2 do TST.

19 GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 405-428.

20 *Idem*, p. 407.

Cuida-se, na quase totalidade dos casos, de uma autorrestrição temporária e circunstancial²¹. Imagine, por exemplo, um transplante de coração ou uma exposição pública no Big Brother Brasil. Nestas situações há a permissão do titular do direito (à integridade física ou à privacidade) para que alguém (o cirurgião ou a rede de televisão) aja de maneira tal que não poderia fazê-lo se a autorização não existisse. Se quiserem ampliar a imaginação, pensem na luta de boxe, na partida de futebol, nos filmes pornográficos, nas redes sociais da internet e em toda uma infinita gama de exemplos capazes de evidenciar o óbvio: a disponibilidade de direitos fundamentais é extremamente corriqueira no mundo contemporâneo.

A dúvida a ser dirimida é outra. Para conjugarmos direitos fundamentais e autorrestrição, o problema a ser dirimido gira em torno dos limites impostos à disponibilização. Até onde pode o titular do direito enfraquecer sua própria posição jurídica?

A resposta é cartesiana: até o ponto em que a sua liberdade de escolha esteja correndo o risco de desaparecer. Se o indivíduo, ao decidir disponibilizar seu direito, atinge em cheio a sua própria capacidade de decisão, aquela linha tênue entre o paternalismo e a intervenção sábia é por ele atravessada. Outro exemplo vem bem a calhar. Pense na hipótese de o candidato ao emprego aceitar receber menos de um salário mínimo. Certamente que esta decisão estará maculada naquilo que ela possui de mais fundamental: a liberdade de escolha²². Nenhum ser humano premido pelas necessidades básicas ou fisiológicas é verdadeiramente livre²³. Decidir com o estômago não é a descrição mais acurada de decidir com sabedoria.

Sejamos redundantes: a liberdade de decidir livremente é o núcleo essencial da disponibilidade dos direitos fundamentais pelo seu titular. Munido de uma mínima cobertura econômica capaz de suprir suas necessidades básicas, bem informado sobre o que está em jogo e sobre suas alternativas de ação e colocando-se imune a pressão, ameaça ou de coisa que o valha, o indivíduo estará pronto para decidir sobre o tempo, o modo e as condições em que aceitará dispor dos direitos que lhe pertencem. Repito: direitos que pertencem a ele! E não ao Estado-Juiz, adepto do perfeccionismo moral, e que almeja ser

21 Exceção digna de nota (e que dá o que falar) é a eutanásia, pois esta é uma disponibilidade de natureza permanente.

22 Cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 60 e ss., onde encaro este problema valendo-me da análise econômica do direito e, mais especificamente, da teoria dos jogos.

23 Para esta instigante discussão filosófica e de outras tão ou mais desafiadoras, cf. SANDEL, Michael. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

mais realista do que o rei, arrogando-se a prerrogativa de saber melhor do que o próprio sujeito aquilo que é bom para a sua vida.

Como frisei antes, é a qualidade do consentimento que deverá nortear a fiscalização judicial do que foi flexibilizado/disponibilizado, individual ou coletivamente. Por vezes, a suposta hipossuficiência existe de fato (em concreto) e compromete a liberdade indispensável à validação da renúncia ou transação. Em outras circunstâncias, a alegada hipossuficiência não passa de uma quimera, fruto de ideologias teimosas, que embotam o olhar de quem não quer ver a realidade.

Entretanto, era esta última opção que representava o primeiro pilar de sustentação do velho direito do trabalho. A despeito de todas as fragilidades axiológicas, normativas, lógicas e sociológicas apontadas, a ideia de inflexibilidade quase absoluta era irmã siamesa da indisponibilidade também petrificada, a qual, por sua vez, estava ancorada em uma hipossuficiência em abstrato, cantada em prosa e verso, por décadas, nos manuais brasileiros.

Agora, vejamos a segunda premissa do velho direito do trabalho.

(2) *O Estado brasileiro possui o dever de intervenção máxima nas relações de emprego.* Segundo a interpretação de muitos estudiosos, o *caput* do art. 7º da CF/88 impõe ao Estado a obrigação constitucional de sempre ampliar o leque de direitos trabalhistas. Dizendo de outro modo: o Estado brasileiro está proibido de retroceder ou de deixar que retrocedam²⁴.

Perceba que, tradicionalmente, o direito do trabalho no Brasil decorreu da interferência oficial nas relações privadas. No livro *Cidadania no Brasil*, o professor José Murilo de Carvalho relembra o fato de a nossa sucessão histórica de direitos não ter obedecido ao movimento linear catalogado pelo inglês Thomas Marshall²⁵.

Aqui, nos trópicos, não partimos dos direitos individuais e políticos, para depois construirmos os direitos sociais e, em sequência, os metaindividuais. Não, em *terra brasilis*, os direitos individuais sempre foram maltratados e pouco valorizados, transferindo-se o protagonismo para os direitos sociais²⁶. Seja durante os longos invernos ditatoriais, seja durante os pequenos soluços

24 Neste sentido, cf. MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho: the seal backtracking and labor law. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul/dez. 2010.

25 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 9-10.

26 *Idem*, p. 11-12.

democráticos de verão, os direitos sociais, e, mais especificamente, os direitos dos trabalhadores foram benesses concedidas pela vontade férrea do Estado. E como o hábito fez, sim, o monge, acabou-se por internalizar cada vez mais fundo aquela crença cega na hipossuficiência em abstrato. Os empregados, ainda que sindicalizados, não seriam capazes de construir o seu próprio destino, tornando-se dependentes da intervenção estatal. Pior, acreditou-se piamente que os direitos e garantias trabalhistas só deveriam avançar em uma via de mão única, sempre adiante, ainda que não existisse fonte de custeio ou de ela estar em vias de se esgotar.

Mas o ponto a ser frisado não é a ideia em si. Por mais discutível que ela seja, o fato é que não ficou restrita ao mundo dos livros. Parafraseando o antigo decano de Harvard e precursor da *sociological jurisprudence*, Roscoe Pound, esta ideia ganhou vida e tornou-se *law in action* com a sua implementação prática pela Justiça do Trabalho. Neste sentido, o melhor exemplo jurisprudencial desta crença de que os direitos dos trabalhadores deveriam somente se expandir e jamais retroceder pode ser vislumbrado, didaticamente, na modulação sofrida pela Súmula nº 277 do TST.

A sua redação original data de 03.03.88. Nela, afirmava-se que “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Posteriormente, em 25.11.09, o seu enunciado foi alterado, para constar: “I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho; II – Ressalva-se da regra do enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.92 e 28.07.95, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.01”. E o que dizia a Lei nº 8.542/92? Ela cuidava da “política nacional de salários” e, no seu art. 1º, § 1º, prescrevia que “As cláusulas dos acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”. Ou seja, durante cerca de dois anos e meio vigorou uma exceção expressa à proibição contida no § 3º do art. 614 da CLT²⁷. E, por decorrência lógica, excepcionou-se, também, o entendimento sufragado na Súmula nº 277 do TST. Com a revogação desta exceção legal, tudo voltou como antes no quartel de Abrantes.

Até que, repentinamente, nova mudança aconteceu. Enfatizo o repentino porque ela se deu sem que houvesse precedente. O TST não sinalizou, através

27 “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos.”

de um conjunto de decisões convergentes ao longo do tempo, estar em vias de alterar seu entendimento colegiado²⁸. E, como eu disse, a alteração aconteceu, foi brutal e sem aviso prévio. Assim, a partir de 27.09.2012, a Súmula nº 277 passou a dispor que “As cláusulas normativas dos acordos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Trocando em miúdos: depois desta guinada de 180°, mesmo quando expirada a vigência das normas coletivas, suas prescrições manteriam plena eficácia jurídica, até que norma coletiva posterior ocupasse o seu lugar.

Decreto-se, de uma hora para outra, o fim do vazio normativo. Repristinou-se a Lei nº 8.542/92 através de uma canetada judicial. Antes, se o empregador e o sindicato não chegassem a um bom termo depois de encerrada a vigência de uma convenção coletiva, nada acontecia, salvo se, por comum acordo, ajuizassem dissídio coletivo na busca de uma sentença normativa. Sob o ponto de vista da categoria, existia um vácuo enquanto as partes não decidissem retornar à mesa de negociação. Agora, se ambos não chegassem a um bom termo, o acordo anterior teria a sua vigência estendida *ad aeternum*, salvo se, por mútuo acordo, ajuizassem dissídio coletivo na busca de uma sentença normativa.

A rigor, operou-se um deslocamento do poder de pressão. Antes, em um contexto econômico mais difícil, a faca e o queijo estavam na mão do empresário, que poderia preferir deixar caducar os adendos coletivos e, simplesmente, não renová-los ou substituí-los. Os empregados ficariam apenas com os seus direitos legais e constitucionais. Agora, em circunstâncias adversas, a batuta estava com os sindicatos. Neste cenário, manteriam o que já tinham e ficariam em silêncio. O empresário poderia se esgueirar, argumentar que estava sem recursos, à beira da falência, mas se os empregados quisessem, fariam cara de paisagem e o obrigariam a manter o pagamento das prendas coletivas negociadas na época de bonança. Ele que se virasse nos trinta.

Esta dança das cadeiras do poder negocial pode e deve realizar-se ao longo do tempo. É salutar que, ora um lado possua maior ascendência (por exemplo,

28 De acordo com o art. 165 do Regimento Interno do TST, a edição de súmulas deve atender aos seguintes pressupostos: “I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples”.

em períodos de pleno emprego), ora o outro possa dar as cartas (como no caso referido, de crise). O problema aqui não é esse. A celeuma ocorreu porque o TST (i) tomou a iniciativa de transferir este poder de um lado para o outro (ii) sem precedentes que respaldassem a nova redação da Súmula (tendo sido “fruto de debates”) e (iii) com base numa interpretação para lá de duvidosa do art. 114, § 2º, da CF/88²⁹. Do início ao fim deste processo, verificou-se o atropelo da competência privativa do Congresso de legislar sobre direito do trabalho³⁰ e, o mais alarmante, por meio de um intervencionismo judicial altamente questionável³¹.

Por fim, vejamos a terceira premissa do velho direito do trabalho.

(3) *O princípio nº 1 do direito do trabalho é o da proteção do trabalhador*. Trata-se de uma máxima difundida no Brasil a partir da obra do professor uruguaio Américo Plá Rodriguez e repetida por praticamente 100% dos nossos manuais³². Nas suas palavras: “O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”³³.

Não se discute que há um distúrbio de origem na relação de emprego: a sua assimetria congênita. Se alguém propõe trabalho em troca do salário necessário à sua sobrevivência, por certo que esta pessoa está em situação muito mais precária do que aquela outra que tem o dinheiro para oferecer. Que esta desigualdade material já levou a explorações dantescas (algumas delas encontradas, ainda hoje, em nosso país³⁴), ninguém duvida. Difícil achar alguém quem discorde desta realidade. Logo, é compreensível que, ao se pensar em direito do trabalho – isso desde o seu alvorecer (quando se construía a sua autonomia epistemológica) – essa nota distintiva seja sublinhada, negritada e escrita em caixa alta. Desde sempre, e para além de nossas fronteiras, o princípio da

29 A defesa desta mudança radical da Súmula nº 277 do TST foi feita pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado no artigo: *A Súmula 277 e a Defesa da Constituição*. Disponível em: <<http://www.veritae.com.br/artigos/arquivos/artigo%20-%20274.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017.

30 CF/88: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

31 Cf., neste sentido crítico: CARMO, Júlio Bernardo. A Súmula nº 277 e a ofensa ao princípio da legalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 75-84, jan./jun. 2012.

32 Por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 200-202.

33 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

34 Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, de 1995 a 2015, 49.816 pessoas foram libertadas da escravidão no Brasil. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>. Acesso em: 8 set. 2017.

proteção do trabalhador foi lido como o outro lado da moeda deste ramo do conhecimento jurídico. Um não existe sem o outro³⁵.

Todavia, no mundo contemporâneo, da modernidade líquida de Zygmunt Bauman³⁶, a velocidade dos fatos e da troca de informações, a crescente complexidade social e a sua inerente diversidade, nuances, verdades e pós-verdades fizeram com que esta dicotomia forte/fraco, implícita ao direito do trabalho, deixasse de ser tão simples assim. Há ocasiões em que este binômio se torna tão sutil que fica quase impossível saber onde está a urgência da proteção. Proteger quem e por quê? Pensem, por exemplo, no trabalhador que dispõe de conhecimento rarefeito no mercado (um neurocirurgião ou um engenheiro mecatrônico). Geralmente, ele é senhor de si, bem remunerado e com múltiplas oportunidades de inserção no mercado. Estaria ele precisando de proteção? Ah – dirão – mas você está indicando uma anomalia, e não a regra do dia a dia. Pode ser, reconheço. Mas e o caso do trabalho que, por ser muito penoso e estressante, não é procurado e/ou convive com uma alta rotatividade, especialmente em momentos de prosperidade econômica (aqui no Rio de Janeiro, podemos exemplificar com os motoristas de ônibus³⁷). Em situações desta natureza, a balança começa a pesar mais em favor dos trabalhadores. Ainda há assimetria? Certamente, mas não no mesmo patamar encontrado em outras profissões ou em outros segmentos do mercado. E este é o ponto.

Na medida em que o princípio da proteção do trabalhador se transforma em um mandamento sacrossanto, em uma verdade absoluta e, assim, imune a questionamentos – entenda-se ponderações, flexibilizações, disponibilidades e negociações – quando esta diretriz normativa se descola da vida como ela é, com suas incertezas, probabilidades, vicissitudes e idiosincrasias, ela deixa de servir ao seu propósito inicial: orientar, prospectivamente, a construção de soluções para os possíveis conflitos entre os trabalhadores e empresários³⁸.

A determinação – no sentido deôntico da palavra – de o Estado intervir ao máximo numa relação privada, protegendo de maneira inflexível o hipossuficiente abstrato, precisar ser recalibrada. Do contrário, se continuarmos de costas para o que efetivamente ocorre em um mercado de trabalho plural e complexo como o brasileiro, esta paradoxal absolutização de um princípio

35 Neste sentido, cf. DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015. p. 50-51.

36 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

37 Veja esta notícia de 14.05.2013, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/deficit-de-motoristas-de-onibus-no-rio-leva-empresas-contratarem-profissionais-com-pouca-pratica-8380654>>. Acesso em: 8 set. 2017.

38 Sobre a natureza prospectiva dos princípios, cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 71-73.

acabará por nos conduzir a um caminho sem retorno, fomentando um estado de coisas oposto ao que se imaginou³⁹. Como tudo na vida, este excesso de proteção do trabalhador acabará por desprotegê-lo, levando-o para o desemprego, o subemprego e a informalidade.

Milhões de trabalhadores brasileiros estão à margem da lei⁴⁰. Será que o fato de o velho direito do trabalho utilizar a ideia romântica e abstrata do indivíduo sempre fragilizado tem alguma culpa no cartório? Será que essa falta de sincronia entre o que se acredita inocentemente e o que ocorre no mundo real afeta a qualidade das nossas leis? Mais do que isso: será que a crença de que o trabalhador é sempre um pobre coitado, sempre uma pessoa pronta a ser usada, mastigada e cuspidada fora sem dó nem piedade, influencia a qualidade da nossa jurisprudência? E, na mão contrária, será que estas decisões também partem da premissa do empresário velhaco, maquiavélico e com sangue nos olhos, insensível ao semelhante e disposto a tudo para lucrar a qualquer preço⁴¹?

A bem de ver, as duas premissas anteriores do velho direito do trabalho acabam por se entrelaçar com esta terceira. Elas são uma coisa só, separadas unicamente para facilitar a análise crítica; um movimento retórico, partidário do ditado bélico: dividir para conquistar. Rigidez na última potência, hipossuficiência em abstrato, indisponibilidade total de direitos (sem qualquer critério objetivo) e intervenção máxima do Estado, em suas faces executiva, legislativa e judiciária. São todos pilares convergentes para a mesma e única noção: a de um princípio que determina a otimização de um estado de coisas irreal, voltado para a proteção unilateral, expansiva e absoluta de um trabalhador fictício.

39 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111, onde o autor da teoria da norma mais adotada atualmente no Brasil, afirma que: “Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão (...) isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável. (...) ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito”.

40 Em números absolutos, mais de 5 milhões de pessoas estão atuando nos chamados subempregos, mais de 13 milhões estão desempregadas e mais de 32 milhões trabalham sem qualquer respaldo legal, na informalidade. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 8 set. 2017.

41 O detalhe interessante é que, de acordo com pesquisa feita pelo Sebrae a partir dos dados colhidos no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego, cerca de 70% dos empregos formais do Brasil são oferecidos por micro e pequenas empresas, ou seja, pessoas que normalmente estão ali, ombro a ombro com seus empregados, trabalhando tanto ou mais do que eles. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pequena-empresa-responde-por-70-dos-empregos,70001963654>>. Acesso em: 8 set. 2017.

Por essas e outras que o Professor Arion Sayão Romita já dizia que o princípio da proteção estava em xeque⁴².

2.1 – Solução tradicional para um caso paradigmático

Para permitir uma melhor comparação entre o velho e o novo direito do trabalho, vou narrar uma história que tem surgido na Justiça do Trabalho com considerável frequência.

Um ator famoso (ou um famoso jornalista) ajuíza uma demanda trabalhista em face de uma rede de televisão. Argumenta que foi contratado como autônomo e, posteriormente, como pessoa jurídica. Sua remuneração girou na casa dos R\$ 50.000,00 por mês. Obedecia às ordens da diretoria da empresa e possuía jornada pré-definida pelo tomador. Depois de 10 anos de sucessivas contratações, não houve mais renovação. Pleiteia o reconhecimento do vínculo jurídico empregatício com unicidade contratual e o pagamento dos consectários legais. A rede de televisão contra-argumenta que o ator (ou o jornalista) aceitou a contratação como autônomo desde o início, que nunca lhe prometeu vínculo de emprego, que a pessoa jurídica do trabalhador existia antes de lhe prestar serviços e que ainda existe nos dias de hoje. Declarou, ainda, que o autor nunca lhe pediu a mudança de regime jurídico e que sempre se mostrou satisfeito com a sua situação.

Pois bem. Imagine você que estes fatos são incontroversos. Logo, na ausência de dúvida sobre o que aconteceu, caberia apenas a decisão final: há ou não há vínculo de emprego a ser reconhecido entre as partes?

A resposta tradicional é um algoritmo bem conhecido. Vamos alimentando os requisitos do art. 3º da CLT: onerosidade (R\$ 50.000,00/mês), não eventualidade (trabalho contínuo por dez anos), pessoalidade (uma celebridade que, obviamente, não se podia fazer substituir) e subordinação jurídica (obedecia às escalas, as jornadas eram definidas pelo contratante e atendia aos comandos da diretoria). E rapidamente está montada a solução *prêt-à-porter*: precedente o pedido principal de reconhecimento de vínculo de emprego com a unicidade contratual e também os acessórios legais decorrentes. Por baixo, a liquidação de um processo deste calibre ultrapassa os R\$ 10.000.000,00. Não, eu não errei os zeros. Escreverei por extenso: ultrapassa os dez milhões de reais.

Dito isso, convido-o a pensar fora da caixa e pergunto: esta solução satisfaz o seu sentimento de justiça? Ou a inflexibilidade legal, somada à falsa

42 ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003. p. 21-38.

hipossuficiência e à indisponibilidade ilusória, propiciaram uma intervenção estatal indevida e, o que é pior, protegeu quem não precisava de proteção?

Guarde esta ideia, pois daqui a pouco voltarei a ela.

3 – As novas premissas do direito do trabalho

Karl Popper diferenciava o princípio da racionalidade da racionalidade como atitude pessoal.

O primeiro deve ser compreendido como o princípio da ação apropriada à situação⁴³. Não se trata de uma afirmação empírica ou psicológica, no sentido de o ser humano sempre agir racionalmente⁴⁴. Até porque, como mencionei na introdução deste ensaio (e você já deve ter testemunhado isso na sua vida pessoal) nem sempre isso acontece. Então, para que serviria esta máxima da razão humana? Ela nos serve de uma aproximação da verdade, de um postulado metodológico, de uma verdade *a priori* que podemos e devemos utilizar na análise de modelos teóricos que nos permitam entender o que ocorre na sociedade⁴⁵. A premissa da racionalidade é apenas e tão somente uma hipótese testável e não uma teoria explicativa da realidade.

A racionalidade como atitude seria outra coisa. De acordo com Popper, esta seria a adoção de uma postura racional, ou seja, a disposição de corrigir suas próprias convicções e, na sua forma mais desenvolvida, a “disposição de discutir criticamente as próprias crenças e de corrigi-las à luz das discussões críticas com outras pessoas”⁴⁶. Esta abertura, contudo, não se dá simplesmente por meio de debates sobre teses. Ao contrário, somente por meio da verificação em concreto é que se poderão constatar os nossos erros de raciocínio, a fim de que possamos corrigi-los. E, neste ponto, Karl Popper faz uma distinção fundamental entre o que considera ser uma pessoa racional e outra, irracional. A primeira não possui convicções incorrigíveis: ela sempre mostra disposição para corrigir as suas crenças⁴⁷. Com relutância? Provavelmente. Mas, ainda assim, estará pronto para “corrigir suas concepções sob a pressão dos acontecimentos, das opiniões sustentadas por terceiros e dos argumentos críticos”⁴⁸. Já a segunda, ao mostrar-se “engajada”, mantém as suas opiniões rígidas, resistentes

43 POPPER, Karl Raimund, Sir. *Textos escolhidos*. Org. David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2010. p. 350.

44 *Idem*, p. 351.

45 *Idem*, p. 352.

46 *Idem*, p. 356.

47 *Idem*, p. 356.

48 *Idem, ibidem*.

a qualquer mudança, a qualquer correção. Nas suas palavras: “como não pode estar na posse da verdade plena (ninguém está), resiste à correção racional até mesmo de convicções absurdamente equivocadas. E continua a resistir, mesmo que a correção delas seja amplamente aceita durante sua vida”⁴⁹.

Voltemos para o nosso tema. Havia uma racionalidade implícita ao velho direito do trabalho. Ela foi construída ao longo dos séculos e se originou de uma realidade palpável. Entretanto, esta hipótese ruiu, não existe mais. Não é mais viável, nos dias de hoje, defender a racionalidade de um modelo de direito do trabalho inflexível, calcado em uma hipossuficiência onipresente e numa indisponibilidade intransponível, que exige uma intervenção cada vez mais sufocante do Estado sobre a vida privada, sob o argumento de que se deve proteger o empregado, dando-lhe cada vez mais direitos a qualquer preço, mesmo que, ao fim e ao cabo, isso contribua para o seu desemprego ou subemprego e para jogá-lo na informalidade.

Portanto, a constatação empírica do nosso erro de raciocínio nos obriga a repensar o direito do trabalho como um todo. O que antes era aceitável racionalmente, legítimo, não é mais. E talvez seja a hora de dar uma chance ao novo modelo que nos foi posto pela Lei nº 13.467/2017. Acredito ser possível nos apropriarmos do princípio metodológico da racionalidade como a premissa básica do novo direito do trabalho que se apresenta. Se ele será efetivamente racional na prática, só descobriremos quando o aplicarmos e medirmos as suas consequências, sempre com a atitude certa: aberta, crítica e reflexiva. Mas isso não nos impede de, ao menos em tese, dizer que há, sim, argumentos razoáveis para lastrear a validade desta hipótese inicial.

Para facilitar o nosso diálogo, discorrerei sobre o que penso serem as premissas do novo direito do trabalho, valendo-me das premissas do velho direito do trabalho como contraponto. Então, vamos a elas.

(1) O direito do trabalho deve ser superflexível. De agora em diante, o art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88 alterou sua polaridade: de exceção passou à regra geral.

Primeiro porque, ao permitir a flexibilização do salário e da jornada de trabalho, a Constituição abriu uma janela de oportunidade para que os demais direitos também possam ser negociados. Ora, se o pagamento pelo trabalho (sem o qual haverá o risco da escravidão) e a limitação da quantidade de tempo à disposição para o trabalho (sem a qual – para o mais comum dos empregados – haverá o risco da exploração física e mental) podem ser modulados

49 *Idem, ibidem.*

pelos próprios interessados, por que não permitir que esta transação também ocorra, por exemplo, com as férias, com a participação nos lucros ou com o FGTS? Ficariam sob observação apenas os direitos fundamentais materiais dos trabalhadores subordinados, na medida em que seriam o colchão de segurança da manutenção da sua autonomia da vontade, coletiva e individual. Por serem algo como as condições de possibilidade discursiva de Habermas, os direitos fundamentais especificamente desenhados para os empregados preservariam a sua capacidade de decidir livremente como, quanto e até quando limitar a sua própria vontade e/ou enfraquecer algumas de suas posições jurídicas⁵⁰.

Esta maneira de interpretar os dispositivos constitucionais não é exatamente uma novidade. Trata-se de um *mix* de (i) identificação do núcleo essencial do direito do trabalho com o mínimo existencial extraído da Constituição de 1988⁵¹, com (ii) a utilização do conhecido argumento *a fortiori*⁵². Já havia precedente neste sentido, mas era voz minoritária⁵³. Ocorre que o Parlamento contornou a opinião dominante na Justiça do Trabalho e impôs a sua: promover um direito do trabalho altamente flexível, a partir da confiança depositada na capacidade de decisão dos empregados.

Mas isso não é só. Outra ideia também posta de lado pela Reforma Trabalhista foi a de que esta flexibilização só poderia ser realizada coletivamente. Leia atentamente estes enunciados do art. 7º da CF/88: “VI – irredutibilidade de salário, salvo o disposto em *convenção ou acordo coletivo*; (...) XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo *negociação coletiva*; (...) XXVI – reconhecimento das *convenções e acordos coletivos de trabalho*”. Agora leia o inciso XIII do mesmo artigo: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante *acordo ou convenção coletiva de trabalho*”.

Sendo bem direto: a mera análise sintática da redação normativa nos permite afirmar facilmente que o constituinte – ao enunciar *convenções e acordos coletivos* – reservou a flexibilização de salário (art. 7º, VI) e da jornada de seis horas de turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV) para a negociação em

50 Sobre os direitos fundamentais como condições de possibilidade discursiva para a construção legítima de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. p. 221-247.

51 GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 137 e ss.

52 Sobre esta maneira de argumentar, levando a efeito a máxima de quem pode o mais, pode o menos, cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76-77.

53 MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56-59.

grupo, através da deliberação coletiva. Entretanto, no tocante à duração normal do trabalho (art. 7º, XIII), ao enunciar *acordo e convenção coletiva*, autorizou o empregado, individualmente, a negociar, seja para compensar horários, seja para reduzi-los. Vejo nitidamente uma aposta na confiança da capacidade de decisão individual do empregado para a adequação de sua rotina de trabalho, de acordo com os seus interesses e os da empresa. E a razão me parece singela: ninguém melhor do que o próprio trabalhador e o seu empregador para saberem a exata medida desta adequação.

Desta feita, toda a lógica subjacente à flexibilização mudou da água para o vinho. No velho direito do trabalho, ao empregado não era dada uma palavra sequer a respeito de sua própria vida laboral. Tudo o que decidisse, ainda que sem vícios de consentimento, seria precário. Ele teria o direito de se arrepender e voltar atrás, sob o argumento genérico e tendencialmente malicioso de “prejuízos diretos ou indiretos” sofridos em razão da alteração que ele mesmo havia negociado. O art. 468 da CLT o blindava das consequências de suas decisões, caso elas lhe parecessem ruins. A rigor, o antigo modelo tornava-o irresponsável em um segmento altamente importante de sua vida, autorizando-o a testar, não gostar e dizer: “não quero mais”. Sem a exigência concomitante da exposição dos motivos relevantes que o levaram a esta desistência, havia o estímulo ao egoísmo e ao capricho pessoal. E do outro lado? Ora, o empregador que suportasse os custos desta mudança brusca e arbitrária de direção, pois a culpa seria sua. Afinal, quem o mandou negociar diretamente com um sujeito de direito que, apesar de plenamente capaz e imputável penalmente, era, sob a ótica trabalhista, uma pessoa para todo o sempre desprovida de liberdade?

Na verdade, os sinais de mudança desta primeira premissa do novo direito do trabalho surgiram antes da promulgação da Lei nº 13.467/2017. Eles vieram do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RE 590.415/SC, publicado em 29.05.2015 e cujo relator foi o Ministro Luis Roberto Barroso, o STF alterou uma trajetória jurisprudencial do TST que, de tão estável, já havia se tornado orientação jurisprudencial: a OJ nº 270 da SDI-1. Redigida em 27.09.02, o seu texto dizia o seguinte: “A transação extrajudicial que importa rescisão contratual ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”.

Este é um exemplo perfeito do velho direito do trabalho. Basta a leitura dos precedentes que deram ensejo a esta OJ para constatarmos que cuidavam de casos nos quais o empregado havia aderido a um Plano de Demissão Voluntária homologado por acordo coletivo e contendo cláusula de quitação geral.

Mais uma vez: o empregado, sem qualquer menção a erro, dolo, coação, lesão ou estado de necessidade, informou-se desta modalidade atípica de distrato oferecida pelo empregador e, contando com a concordância do sindicato, leu, refletiu e aderiu à proposta, recebendo valores bem superiores ao que receberia se houvesse sido dispensado sem justa causa. Embolsou o dinheiro e dias, meses ou até dois anos depois ajuizou ação na Justiça do Trabalho, buscando o pagamento de outras parcelas que não estavam descritas no documento. O detalhe: neste documento, por ele livremente assinado, havia uma cláusula dando plena, geral e irrestrita quitação ao empregador, declarando expressamente que nada mais haveria a reclamar nem pleitear a qualquer título.

O que dizia o TST? Que estas situações, apesar de não serem exatamente uma rescisão contratual típica, deveriam submeter-se ao art. 477, § 2º, da CLT⁵⁴. Contudo, na medida em que o sindicato representante dos empregados havia chancelado o PDV, flexibilizou-se esta determinação legal, o que não era aceito até então. Daí porque considero o julgamento do RE 590.415/SC um marco histórico do novo direito do trabalho brasileiro, uma verdadeira certidão do seu nascimento ou, vá lá, ao menos a sua ultrassonografia jurisprudencial.

Ao longo de suas mais de vinte e oito páginas, o acórdão expressa claramente o principal vetor axiológico a nortear este novo momento: o da crença na autonomia da vontade. Mas não uma crença metafísica. E, sim, um pensar no empregado como uma pessoa dotada de inteligência, sensibilidade e capacidade de, sob condições normais de pressão e temperatura, decidir a sua própria vida.

Na decisão, reconheceu-se que a Constituição de 1988 inaugurou um modelo justralhista mais democrático e autônomo, exemplificando com as convenções e acordos coletivos, elevadas a instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos. A participação do sindicato fortalece estes mecanismos pelos quais os empregados formulam as normas que regerão a sua própria vida. Este é o espírito sob o qual devemos interpretar as normas infraconstitucionais.

O STF acrescentou, ainda, que (i) na negociação coletiva não há a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho, que (ii) o princípio da lealdade da negociação coletiva deve nortear a interpretação do seu resultado (no sentido de que deve ele ser interpretado e cumprido com boa-fé e transparência) e que (iii) o princípio da adequação setorial negociada fomenta a prevalência de regras autônomas sobre as heterônomas (desde que

54 “O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”

não violem direitos fundamentais correspondentes a um patamar civilizatório mínimo). E, em seguida, o Ministro Barroso realçou a relevância do incentivo ao diálogo, ao experimento do autogoverno e ao exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. O contrário disso promove uma concepção paternalista que recusa aos empregados a possibilidade de tomarem as suas próprias decisões e de aprenderem com os próprios erros, atrofiando as suas capacidades cívicas e, por consequência, excluindo parcela considerável da população do debate público.

Tratar os empregados como cidadãos livres e iguais é um dever de ofício do Judiciário, assim como preservar um ambiente de confiança recíproca, pois essencial ao diálogo, à negociação e à prevenção de conflitos, afirmou o relator. Por isso, o cumprimento do acordado, de forma leal e transparente, é indispensável, até porque o reiterado descumprimento provoca descrédito dos instrumentos coletivos, majorando os seus custos de transação em prejuízo dos próprios trabalhadores. Neste contexto, os PDVs aprovados por meio de convenções e acordos coletivos desempenham uma importante função de minimizar os riscos e danos trabalhistas, especialmente em momentos de crise. De maneira que fazer tábua rasa do que foi combinado prejudica a seriedade destes ajustes, ao ponto de empresários não mais os adotarem ou, quando muito, reduzirem drasticamente os benefícios que neles são oferecidos.

Por fim, depois de afastar a ideia constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria (no sentido de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”), o Ministro Luis Roberto Barroso asseverou que “Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF)”, votando pela convalidação do ajuste como um todo.

Eis aí o embrião do novo direito do trabalho.

Tanto assim que, algum tempo depois, ele foi encampado pela Lei nº 13.467/2017 que, ao criar o art. 477-B da CLT, preceituou: “Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”.

(2) O Estado brasileiro possui o dever de intervenção mínima nas relações de emprego. A melhor decisão possível deve ser a construída pelos próprios interessados, através do diálogo pautado no igual respeito, consideração e

poder de barganha. Na mão inversa, a Justiça do Trabalho deve reconhecer sua limitada capacidade institucional para aferir os variados – e às vezes sofisticados – conteúdos das normas coletivas criadas pelos seus destinatários, devendo abandonar suas pré-compreensões de indisponibilidade absoluta de direitos e, principalmente, de desconfiança nos atores sociais envolvidos.

O paternalismo ilegítimo está com os dias contados. A escassez de recursos (ou a reserva do possível) bateu à porta de todo cidadão brasileiro. Os rombos estratosféricos no orçamento público, o descontrole dos gastos, a ineficiência gerencial e fiscalizatória, as oscilações do mercado de *commodities* – com destaque para o petróleo e o ferro – são exemplos de fatos em estado bruto, que pulverizaram o discurso político-jurídico do Estado eternamente provedor⁵⁵. Não que se tenha abraçado de peito aberto a figura libertária do Estado mínimo. Mas certamente muitos acordaram para a dura e óbvia realidade ensinada por Milton Friedman há algumas décadas: “não existe almoço grátis”⁵⁶.

Neste contexto desértico, torna-se cada vez mais difícil argumentar em favor de uma vedação de retrocesso social *tout court*. Os brasileiros do ano de 2.587 não poderão alterar ou reduzir absolutamente nada do velho direito do trabalho? O modelo reinante na segunda metade do século XX no Brasil é o estado da arte jurídica? Nunca mais se atingirá este nível de perfeição normativa, a não ser que seja para o Estado intervir unilateralmente e ampliar a quantidade de direitos e garantias dos empregados? As normas prescritas na CLT – remendada a torto e a direito desde 1943 – devem ser lidas com intocáveis? Toda e qualquer inovação normativa infraconstitucional ou todo e qualquer detalhamento das normas constitucionais só devem ser autorizados se vierem para majorar direitos dos empregados?

Estas questões me lembraram o título de um filme B, do renomado Jean-Claude Van Damme, que passava na Sessão da Tarde e preenchia a minha saudosa ociosidade juvenil: “Retroceder nunca, render-se jamais”⁵⁷. Brincadeiras à parte, não me parece razoável interpretar o *caput* do art. 7º da CF/88 desta maneira. Ela estimula a gula normativa de um lado, independentemente da vontade e da situação econômico-financeira do outro. Com isso, está-se isolando o direito do trabalho da realidade, o que não lhe faz bem. E, de igual modo, o isolamento também ocorre quando se pretende a regulamentação es-

55 Sobre o tema, vale a leitura de: MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

56 *There's no such thing as a free lunch*: essays on public policy. Open Court Publishing Company, 1977.

57 Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-3661/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

tatal e minuciosa de toda a realidade, pois, no mínimo, ou algo será esquecido, ou algo será desconhecido, ou algo será oneroso demais. Em todos os casos, o resultado será o mesmo: o descumprimento, o descrédito e o fim da eficácia social do direito.

Foi justamente esta espécie de camisa-de-força normativa que apareceu no velho direito do trabalho, com a reconfiguração da Súmula nº 277 do TST. E não foi outro o motivo da suspensão dos seus efeitos, através de liminar concedida pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, nos autos da ADPF 323⁵⁸.

Ao sublinhar que “o principal fator positivo da ultratividade da norma coletiva seria evitar período de anomia jurídica entre o final da vigência da norma anterior e a superveniência da seguinte”, o Ministro Gilmar destacou que “Tal argumentação ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados”. Na visão do Ministro, tratou-se de uma “autêntica jurisprudência sentimental, seguida nos moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud”. E foi além, dizendo que: “É esse ativismo um tanto quanto *naif* que o TST parece pretender seguir na espécie. Também a Justiça do Trabalho não pode perder de vista a realidade e, a partir de visões próprias de mundo, focada a atingir determinado fim que entende nobre, atuar com o bom juiz Magnaud. Há limites que precisam ser observados no Estado democrático de direito e dos quais não se pode deliberadamente afastar para favorecer grupo específico”.

Mas não foi apenas neste caso que o STF refreou o ativismo e a maximização intervencionista do velho direito do trabalho. Também o julgamento do RR 1928-03.2010.5.06.024 foi reformado, por meio do RE 895.759, publicado em 13.09.2016 e relatado pelo Ministro Teori Zavascki⁵⁹. No correr de sua fundamentação, o Ministro Teori afirmou claramente que o STF, já por ocasião do RE 590.415, havia declinado sua posição favorável a prestigiar a autonomia coletiva da vontade “como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão sua própria vida, inclusive no trabalho”. Desta forma, ainda que “o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão”, ressaltando, inclusive, o fato de não ter

58 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2017.

59 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 9 set. 2017.

sido rechaçada, no processo, a validade da votação da assembleia geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo.

Portanto, e após registrar que a Constituição admitiu que normas coletivas dispusessem sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), “inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida”, o relator constatou não ter o acordo coletivo extrapolado os limites da razoabilidade, ao suprimir a contagem das horas *in itinere* em troca de outras vantagens, com base na válida manifestação de vontade da entidade sindical.

Vê, pois, que, mesmo antes da Lei nº 13.467/2017, já estava aberto o caminho para o negociado prevalecer sobre o legislado. E foi exatamente isso – e um pouco mais – o que se positivou.

Começando pelo fim, saliento que o *caput* do art. 611-A da CLT explicitou a prevalência da convenção e do acordo coletivo sobre a lei formal. Ocorre que o Legislativo se adiantou e listou uma série de quinze incisos, nos quais apontou os assuntos sobre os quais os sindicatos terão permissão para negociar. Ou seja, acredito que para diminuir potenciais conflitos em juízo a respeito de rolos compressores de maiorias sindicais eventuais, o Parlamento optou por, ele mesmo, positivar o que poderá ser posto na mesa de discussão.

Para confirmar esta minha suspeita, veio em sequência o art. 611-B da CLT. Em um raro exercício de hermenêutica legislativa, o Congresso prescreveu o que não poderá ser negociado. Em trinta incisos, elencou o que constituirá objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo, na hipótese de estes instrumentos virem a suprimi-los ou reduzi-los. A rigor, o art. 611-B da CLT esclareceu o que é considerado direito materialmente fundamental pelos parlamentares, pois acabaram por reproduzir diversos dispositivos constitucionais positivados no art. 7º⁶⁰.

Tivesse ficado só nisso, já haveria centenas de metros de pano para manga. Entretanto, o diálogo institucional prosseguiu e os legisladores passaram mais recados à Justiça do Trabalho⁶¹. De baixo para cima: (i) o § 3º do art. 614 da CLT enfatizou a proibição de ultratividade e da duração de convenção ou acordo coletivo por mais de dois anos (sepultando o que já estava posto em coma pela ADPF 323); (ii) o parágrafo único do art. 611-B da CLT realizou

60 Sobre os critérios desenvolvidos por mim para a identificação dos direitos materialmente fundamentais positivados na Constituição de 1988, cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 135 e ss.

61 Sobre a importância do diálogo institucional no Estado Constitucional e Democrático de Direito, cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DOCTRINA

uma interpretação redutora de sentido da expressão “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”, para dela excluir as “regras de duração do trabalho e intervalo” como suas possibilidades semânticas; (iii) os parágrafos do art. 611-A da CLT trouxeram uma série de limitações à atuação judicial, dentre as quais destaco apenas os §§ 2º e 1º.

Ao manter a validade de normas coletivas desprovidas de indicação expressa de contrapartidas recíprocas, creio que os congressistas acabaram reforçando, de maneira até um tanto quanto redundante, a sua confiança na autonomia da vontade coletiva. Afinal, não é racional que o sindicato aceite abrir mão de benesses ou flexibilize direitos sem nada receber em troca. Atuar contra os seus próprios interesses, *rectius*, contra os interesses dos seus associados não é o comportamento normalmente esperado desta entidade. Logo, se o sindicato flexibilizou algo sem contrapartidas explícitas, presumiu o Parlamento que algum ganho obteve, ainda que não mencionado, ainda que implícito. Basta pensar, por exemplo, em um empresário prestes a fechar as portas e que, para evitar a bancarrota, põe as cartas na mesa e costura um acordo coletivo para fracionar o pagamento do 13º salário dos seus empregados, mais nada sendo escrito. Neste caso concreto, haverá invalidade?

Este é o segredo. O juiz não poderá trabalhar amparado naqueles conceitos do velho direito do trabalho. A etérea hipossuficiência e a indisponibilidade de tudo são coisas do passado. De agora em diante deverá analisar o varejo, a realidade e perceber qual a intenção efetiva por detrás destas costuras normativas. Claro que isso não colocará a salvo circunstâncias envolvendo fraude, erro, dolo e situações que tais, nas quais sejam desvendadas ilicitudes e/ou vícios de consentimento de parte a parte.

O § 1º do art. 611-A da CLT, por sua vez, faz remissão ao § 3º do art. 8º da CLT. E o que nos diz este dispositivo? Ele prescreve que: “No exame de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Aproveito o ensejo para reproduzir também o § 2º do mesmo art. 8º da CLT, no qual se prescreve que: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Vamos daqui e depois eu volto para lá.

DOCTRINA

Acredito que eu e você estejamos de acordo com a mensagem telegrafada a partir da Praça dos Três Poderes: juízes do trabalho, contenham-se! Mais do que a mera sugestão de uma postura minimalista, a ideia aqui foi – sem meias palavras – a de domesticar a Justiça do Trabalho, de cima a baixo. Como já expus antes, a Reforma Trabalhista possui um viés reativo. O STF já havia iniciado a mudança de rumos e, querendo ou não, passou o bastão para o Congresso Nacional, que acelerou o passo. Acontece que, em relação ao § 2º do art. 8º da CLT, os legisladores tropeçaram nas suas próprias pernas.

Para início de conversa, não são os juízes os primeiros a pular a cerca e fugir da prisão formalista. Ir além do texto normativo é tarefa corriqueira dos advogados, que provocam o Judiciário e lhe apresentam teses nem sempre fieis à estrita redação legal. Neste sentido, o professor italiano Riccardo Guastini nos ensina o óbvio: que o advogado é fiel aos interesses do cliente⁶². E diz mais: os advogados “não dão como deduzida alguma obrigação (moral) de si mesmos ou de seus clientes no sentido de obedecer à lei enquanto tal (...) não se perguntam qual é o “verdadeiro” significado da lei ou qual teria sido a “verdadeira” intenção do legislador. Perguntam-se: como posso interpretar ou manipular as formulações normativas existentes em vista dos objetivos do meu cliente?”⁶³.

Pronto. Logo à queima-roupa, retiramos parte do fardo criativo dos ombros dos magistrados. Nem toda a culpa do universo está em nossa conta. Mas ainda que não houvesse essa dose de natureza humana na formulação das pretensões, existem outros obstáculos intransponíveis a esta intenção castradora. Qualquer teórico de meia pataca sabe muito bem que tentativas deste jaez são fruto de uma doce e anacrônica ilusão montesquiana. Em linhas gerais, desde a Revolução Francesa o modelo do *civil law* mantém o controle sobre o juiz através da obrigação de motivar⁶⁴. Mas não se restringe a isso. Há também a obrigação de conferir publicidade aos seus atos (expondo-o à crítica social) e, dentro de determinados limites, há a organização judiciária em instâncias recursais. E há, também, como não poderia deixar de ser, a sujeição do julgador à lei⁶⁵. E aqui voltamos ao ponto.

Sujeitá-lo à lei não significa aprisioná-lo à linguagem da lei. Por encaixar-se como uma luva nesta falsa polêmica, peço permissão para transcrever a lição do professor Chaïm Perelman, segundo a qual: “O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras

62 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 144.

63 *Idem, ibidem*.

64 PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 183-184 e 209-210.

65 GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 264-266.

de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento de conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito”⁶⁶.

A rigor, esta trivialidade hermenêutica já havia sido denunciada bem antes de Perelman, por um dos mais notórios detratores do formalismo jurídico: Oliver Wendell Holmes Jr. Tido como um dos fundadores do realismo jurídico norte-americano, este ex-professor de Harvard e juiz da Suprema Corte dos EUA defendeu que o direito é a previsão do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso do que isso⁶⁷. Desafio você a encontrar visão mais cética do que esta, a respeito da importância dos conceitos, teorias e demais rapapés academicistas na definição do que é o nosso direito de cada dia.

Para afastar esta verdadeira angústia interpretativa (pois poucos dormirão tranquilos, sabedores de que a solução dos seus problemas dependerá unicamente dos humores e pendores subjetivos do juiz da ocasião), o professor inglês Herbert Hart indicou um roteiro intermediário. Nem o nobre sonho formalista, nem o pesadelo realista⁶⁸. No fim das contas, os juízes tendem a deixar o seu ego de lado e a seguir a opinião dominante nos casos fáceis (naqueles em que não há dúvida sobre a norma a ser aplicada ou o sentido que lhe deva atribuído). Apenas nos casos difíceis (naqueles em que há uma zona de penumbra, ou porque não há norma aplicável, ou porque os sentidos são múltiplos ou indecifráveis) é que ele fica livre para criar a solução normativa⁶⁹. Ou seja, nem tanto ao mar (como na rigidez prevista no § 2º do art. 8º da CLT), nem tanto a terra (na medida em que os *hard cases* seriam pontuais).

Ocorre que, por mais boa-vontade que se tenha com a teoria proposta pelo professor Hart, o olhar realista do mundo me impede de aceitá-la tranquilamente. Para quem já se aventurou pelos meandros da consciência e da linguagem⁷⁰ ou

66 *Op. cit.*, p. 203.

67 HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The path of law*. New York: Kaplan Publishing, 2006. p. 6.

68 HART, Herbert. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983. p. 123-144.

69 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 137-168.

70 Para quem tiver coragem, aconselho a leitura de: SEARLE R., John. *Consciência e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

se aproximou da interdependência entre o direito e a linguagem⁷¹, acreditar na possibilidade de limitar, previamente, as escolhas futuras do julgador sobre o significado das palavras é querer transformá-lo em um autômato. Como isso ainda não aconteceu, penso que esta é mais uma das diversas crenças escondidas pela teoria do direito, disfarçadas de racionalidade. Lembra-se do Popper?

A atitude mais racional nesta situação é lembrar que, antes de tentar acorrentar o juiz nos casos fáceis e de libertá-lo nos casos difíceis, é preciso separar o joio do trigo. A pergunta agora é: quando estaremos diante de um caso fácil ou de um caso difícil? A resposta não veio? Então, reformularei a questão: quem decidirá o que é um caso fácil ou um caso difícil? O juiz, ora bolas⁷². Reproduzindo Neil MacCormick: “Algum tipo de discricionariedade está envolvido aqui. A única questão é saber se isso implica uma escolha judicial puramente subjetiva, ou um julgamento que envolve fatores, em princípio, objetivos. A melhor resposta parece ser a de que há fatores objetivos aqui, mas eles são necessariamente mediados pela subjetividade judicial. O processo aqui é de determinação, não de dedução”⁷³.

Logo, é uma miragem hermenêutica achar que esta distinção analítica será suficiente para evitar o que denunciou o realismo jurídico há mais de cem anos atrás: ao menos no Estado Democrático e Constitucional de Direito, as normas são (re)construídas, rematadas e finalizadas nos tribunais. É para lá que os *bad men* direcionam a sua atenção, a fim de traçar as suas estratégias de ação e reação⁷⁴.

Portanto, o que posso dizer aos senhores congressistas é que o recado foi dado e, ao menos por mim, entendido. Mas, quanto à forma da mensagem, escorregaram em uma conhecida casca de banana hermenêutica. Os senhores não foram os primeiros e, provavelmente, não serão os últimos a serem malsucedidos nesta tentativa vã de calar os juízes por meio de expedientes positivistas reducionistas e irrealistas.

Sobre o § 3º do art. 8º da CLT, o que posso dizer é que o Legislativo formulou outro tipo de advertência hermenêutica. Neste caso, não se buscou amordaçar o intérprete, impedindo-o de ser quem ele é, proibindo-o de ler,

71 Cf. WARAT, Luis Albert. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e linguagem*: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica. Curitiba: Juruá, 2013.

72 Neste exato sentido, afirmando o equívoco de Hart e também do argentino Genaro Carrió: GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 148-150.

73 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 322.

74 HOLMES Jr., Oliver Wendell. *Op. cit.*, p. 4-7.

interpretar, refletir/sentir, escolher, opinar e justificar sua opinião⁷⁵. Agora, o aviso foi o de que todo este processo de construção redacional e de reconstrução prática (de aplicação) da norma coletiva deve ser deixado a cargo exclusivo dos seus idealizadores, os quais são, simultaneamente, os seus destinatários.

Dúvidas de conteúdo devem permanecer à margem dos tribunais, os quais devem interferir o mínimo possível no exercício pleno e informado da autonomia coletiva. Mas é claro que sempre haverá a possibilidade de avaliação judicial, pois, como diz a própria lei, permite-se o questionamento dos elementos essenciais do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei). E o que é uma norma coletiva que viola desproporcionalmente um direito fundamental do empregado, se não uma norma que carrega consigo um objeto ilícito?

Como realismo jurídico pouco é bobagem, se o juiz quiser, alcançará rapidamente na prateleira alguma metodologia de aplicação normativa, apta a contrabalançar (ou a sopesar) o direito fundamental à autonomia coletiva com algum outro direito fundamental dos empregados que tenha sido restringido⁷⁶. Algo que, se levado adiante, acarretará debates intermináveis, seja sobre a confiabilidade destes procedimentos discursivos, seja sobre os resultados obtidos com a sua implementação⁷⁷.

Em suma: de um jeito ou de outro, se o juiz do trabalho quiser, continuará a maximizar a sua interferência. Caberá a ele escutar a recomendação passada pelo Parlamento – ao preceituar a intervenção mínima – e suavizar a sua desconfiança em relação às partes negociantes.

(3) O princípio nº 1 do direito do trabalho é o da proteção da autonomia do trabalhador.

Patamar mínimo civilizatório. Esta foi a feliz expressão utilizada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do RE 590.415/SC, para delimitar o piso normativo abaixo do qual o empregado, sozinho ou em grupo, não deve negociar. E o art. 611-B da CLT ajudou nesta empreitada, uma vez que listou

75 Como já dizia Chĩm Perelman: “Espero que as páginas precedentes tenham posto em evidência o fato de que aquele que argumenta e procura exercer com seu discurso uma influência sobre seu auditório não pode evitar fazer escolhas”. *Op. cit.*, p. 165.

76 Sobre a famosa ponderação de princípios e o princípio da proporcionalidade desenvolvidos por Robert Alexy, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*

77 Para uma crítica severa a estas técnicas de argumentação, cf. CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO Jr., Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo Lima (Coord.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. Cf., também, o imperdível: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

diversos direitos trabalhistas que o Poder Legislativo considerou inegociáveis. Meio caminho andado.

A outra metade deverá ser percorrida pelos juízes, tendo em vista uma pequena alteração de perspectiva, mas cujo impacto pragmático no novo modelo de direito do trabalho será impressionante. Como já vinha se esboçando na jurisprudência do STF e veio a ser posteriormente sistematizado na Lei nº 13.467/2017, o principal vetor normativo do renovado direito do trabalho, o que lhe dá sentido, é o princípio da proteção da autonomia do trabalhador. Esta é a cola normativa que agrega as diversas partes contidas na CLT e na Constituição de 1988. Notou a sutileza? Não devemos mais falar de princípio da proteção do trabalhador, daquele que pregava dever ser o empregado protegido de sua “própria ganância”. Nesta nova fase do direito do trabalho brasileiro, o que deve ser guarnecida é a liberdade real do empregado, é a sua efetiva capacidade de decidir, livremente e informado, sobre os rumos de sua vida profissional, individual ou coletiva. O sinal vermelho se acenderá apenas e tão somente quando estiver em risco a sua própria aptidão para decidir livremente e com o conhecimento das circunstâncias que o cercam. E aí retornamos ao começo: patamar mínimo civilizatório ou mínimo existencial.

Sem querer ser ou parecer cabotino, este foi um dos cernes da minha tese de doutorado. Não me arrisco a abreviar o estudo longo e aprofundado que fiz sobre esta matéria. Mas, para não desperdiçá-lo, peço licença pela última vez para transcrever uma larga passagem do que publiquei⁷⁸:

“Pode ou não pode o empregado abrir mão de sua autonomia? Claro que pode, desde que a sua decisão seja, ela própria, autônoma. O importante é que ele mantenha o seu valor intrínseco, isto é, que ele mantenha a sua ‘individualidade’. Se a autonomia pressupõe a capacidade de o ser humano criar escolhas e efetivá-las, seria um contrassenso menosprezá-lo porque emitiu sua vontade livre e consciente de reduzir seu poder de decisão. Pior do que isso, só mesmo impedi-lo de concretizar o seu plano de vida. Portanto, não façamos confusão. O fato de ele proceder assim não significa que esteja diminuindo o seu valor enquanto agente moral. Levantar essa bandeira é um equívoco. Não há nada mais falso e maniqueísta do que pensar desta maneira.

O importante é perceber se, em tal circunstância, a pessoa mantém sua identidade singular, a continuidade de seus processos mentais, memórias, intenções, a sua unidade individual e a separabilidade de sua

78 GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 135-137.

perspectiva interna. Enfim: o importante é que reconheça em si mesmo aquela sua ‘distintividade individual’. Se isso estiver garantido, a sua individualidade também estará em lugar seguro. O indivíduo que se autolimitou continuará percebendo a si mesmo como um ser humano livre e racional, merecedor de igual respeito e consideração.

O grande embaraço, aqui, é impedir que fatores externos (a escassez de recursos, por exemplo) solapem a vontade do indivíduo, a ponto de ele entrar numa enrascada. Para que sua decisão de comprometer a sua própria autonomia deva ser legitimamente autorizada – algo chamado por Nino de ‘princípio de dignidade humana’ – todos devem analisar, com cuidado, se a espontaneidade da ação está prejudicada por fenômenos causais, que influenciem desigualmente os participantes/contratantes. Porque, quando isso acontece, devemos todos e, institucionalmente, deve o Estado intervir. Haverá um paternalismo, mas um paternalismo legitimado pelo princípio da inviolabilidade do indivíduo, segundo o qual está proibido de ‘imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden em su próprio beneficio’.

Já vimos esse filme. A vontade humana, quando desprovida de um mínimo de condições materiais, está a léguas de distância da verdadeira autonomia criativa. Daí porque a lembrança recorrente do imperativo categórico kantiano. Os indivíduos (potenciais empregados) que estão jogados no poço sem fundo da miséria, da ignorância, da doença, do desabrigo e do desespero famélico não poderão ser resgatados para o terreno firme da humanidade, enquanto não desfrutarem dos direitos morais que os habilite a estipular, eles próprios, os seus planos de vida. E aqueles outros (potenciais empregadores) que se aproveitam disso para se locupletar, que veem a degradação alheia como uma vantagem à ampliação de suas próprias metas, deverão ser impedidos o quanto antes por quem (ainda) detém força física e moral para tanto. Ou isso, ou estaremos coniventes com a coisificação do ser humano, alienado como um ‘meio’ para realização de fins que lhe são estranhos.

Temos, portanto que a autorrestrrição da autonomia não é algo ruim *a priori*. Ao contrário, efetivá-la é uma decorrência lógica da própria valorização da autonomia. O problema está na construção das fronteiras normativas legitimadoras deste tipo especial de decisão. Sem estas linhas divisórias, corre-se o risco de uma autolimitação espontânea tornar-se uma limitação unilateral e arbitrária da autonomia de um pela autonomia do outro (...).

‘Com o paternalismo legítimo não restringimos a autonomia moral do indivíduo que almeja um emprego. Se ele quer se subordinar ao poder alheio, o Estado não tem nada a ver com isso. Os seus objetivos devem ser outros. De um lado, garantir a formulação institucional e a preservação efetiva dos direitos morais, vinculados à capacidade de cada um tomar suas próprias decisões’.

(...) o Estado estará legitimado a intervir na decisão do indivíduo (...) Não para limitar sua autonomia, mas, sim, para favorecer a concretização das decisões que estabeleceu para si, em vista dos seus próprios interesses.”

Dito isso, ao evoluirmos do princípio da proteção do trabalhador para o princípio da proteção da autonomia do trabalhador, penso que o nível da interlocução se altera, e muito.

Até onde o empregado, sozinho ou acompanhado por seus pares, pode negociar? Valendo-me de uma expressão do professor de Harvard, Michael Sandel, quais são os limites morais do mercado em relação aos direitos dos trabalhadores⁷⁹? Quando devemos intervir para impedir a degradação do ser humano, ainda que seja o resultado de algo que ele próprio negociou? Qual o limite da lógica monetária e da mercantilização da vida? O ponto de combustão ocorrerá quando estressarem o mínimo existencial do empregado de tal modo que inviabilizem a sua liberdade decisória. Sempre que estiver em risco aquele patamar mínimo civilizatório necessário à manutenção de sua individualidade, à preservação do seu autorreconhecimento como alguém detentor de igual respeito e consideração, teremos ultrapassado a linha vermelha que separa a negociação permitida daquela proibida. Por quê? Em virtude da baixa qualidade de sua decisão.

Tenho consciência de que estou me repetindo, mas é por uma boa causa. O meu objetivo é ser o mais didático possível e, por isso, falo novamente: quem passa fome pensa com o estômago. Esta é uma presunção *hominis* e deve servir de escudo moral contra a disponibilização indevida de direitos materialmente fundamentais do trabalhador.

E, afinal de contas, onde mora este limite intransponível? Na minha tese eu ousei apontar quais direitos positivados nos arts. 7º a 11 da CF/88 seriam materialmente fundamentais e quais seriam apenas formalmente fundamentais⁸⁰.

79 SANDEL, Michael. *What money can't buy: the moral limits of markets*. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

80 GOMES, Fábio Rodrigues. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. p. 137-157.

Contudo, caso você esteja com pressa e precisando de uma resposta imediata, leia os incisos do art. 611-B da CLT, pois ali já estão identificados e blindados, em boa medida, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Mas isso não é só. Para se ter uma ideia do que entrevejo, a inconstitucionalidade do art. 468 da CLT é uma sequela inexorável da entrada em cena do novo direito do trabalho. Em um sistema normativo e antropocêntrico como o nosso, no qual a dignidade humana de matriz kantiana – centrada na autonomia da vontade⁸¹ – é a mola-mestra, como sustentar um dispositivo outorgado em 1943, num contexto hostil à democracia, à liberdade sindical e às liberdades individuais? Como manter a compatibilidade substantiva entre um preceito cujo fio condutor é a desconsideração da vontade do empregado, sem qualquer menção à qualidade desta manifestação? Pior, como dizer que o art. 468 da CLT ainda é válido, se o que ele afere é simplesmente o prejuízo “direto ou indireto” sofrido pelo empregado, sem ao menos dizer qual o critério para se constatar este prejuízo e, assim, entregando este conceito indeterminado de mão beijada para o preenchimento subjetivo e arbitrário de apenas uma das partes contratantes?

O art. 468 da CLT é o imperativo categórico do velho direito do trabalho, pois reflete, como nenhum outro, dois dos seus principais conceitos: a abstração irreal da hipossuficiência e a absolutização acrítica da indisponibilidade. Afrontoso à ideia de se considerar o empregado como um sujeito detentor de “maioridade cívica”, este dispositivo retira violentamente a capacidade do indivíduo de decidir, de forma livre e informada, a sua vida profissional. Francamente, o empregado brasileiro é desrespeitado, infantilizado e tratado como alguém em relação a quem o Estado-Juiz deve ficar sempre de olho, seja para salvá-lo das consequências que ele próprio criou para si, seja para mimá-lo e deixá-lo se arrepender, simplesmente porque não quer mais aquilo que, até pouco tempo atrás, era o seu desejo livre e verdadeiro. Quanto ao desastroso estímulo à má-fé contratual e à mais absoluta falta de lealdade com o empregador, pouco preciso dizer.

Nulidade da modificação das regras do jogo? Depende apenas da qualidade da decisão. Foi tomada à base de erro, dolo, coação, lesão ou estado de necessidade? Então a resposta é sim. Dispôs de algum direito fundamental material que tenha comprometido a sua própria capacidade de decisão? Então a resposta é sim. Do contrário, o empregado traz agora, por presunção razoável, a sua *dignitas*, o seu prestígio pessoal de um indivíduo plenamente capaz,

81 Por todos, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DOCTRINA

livre para escolher o que considera melhor para si, diante das informações e das oportunidades que lhe são postas. Se as coisas não saíam como esperado, paciência. Isso acontece em várias etapas da vida e em vários segmentos da vida. Ou alguém realmente acredita que irá se casar e ser feliz para sempre?

A Lei nº 13.467/2017 bebe desta fonte normativa. Toda ela, do início ao fim, está lastreada na noção de proteção da autonomia do empregado. Uma autonomia que não deve ser apenas guarnecida, como também prestigiada e fomentada. Decidam, decidam livremente, a fim de que construam futuros promissores. Erros ocorrerão, sonhos serão frustrados, prognósticos falharão. Mas também acertos serão cada vez mais frequentes, os conflitos talvez diminuam, a sinceridade e a transparência serão a moeda de troca e, quiçá, este seja o gérmen de uma parceria entre dois sujeitos que, num mercado global altamente competitivo, têm tudo para atuar em sintonia. Já disse antes e não me importo de repetir: é na real autonomia decisória que está o centro de gravidade da Reforma Trabalhista.

Para não acharem que estou exagerando, verifiquem os arts. 442-B, 444, parágrafo único, 477, 484-A, 507-A e 507-B, da CLT. Neles encontramos (i) o contrato de trabalho autônomo, (ii) a permissão para que empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social estipulem livremente (e diretamente) com o seu empregador tudo o que está contido no art. 611-A da CLT, prevalecendo esta negociação individual sobre a norma coletiva, (iii) a permissão para o distrato entre o empregado e o empregador, desburocratizando-se a extinção do vínculo jurídico-trabalhista, (iv) a permissão para que seja incluída cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e (v) a autorização facultativa para que empregados e empregadores firmem termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, com o detalhe da chancela sindical compulsória e de o termo só quitar as parcelas específicas que dele constar.

Diante destes singelos exemplos, o que se pode dizer? Eu digo que os parlamentares descartaram a visão preconceituosa, simplória e maniqueísta do empregado como sendo sempre o pobre coitado explorado e do empresário (mesmo o micro e o pequeno) como o vilão inescrupuloso de charuto e cartola. Também eles acreditaram que certas pessoas, com maior nível de instrução formal e cuja remuneração seja acima da média do mercado de trabalho brasileiro, detêm capacidade de decidir livremente os termos do contrato, ainda que seja para afastar, logo de início, a sua natureza jurídico-empregatícia. Na verdade,

eles atualizaram a presunção pressuposta ao direito do trabalho. Abandonaram aquela antiga e puseram outra no lugar. Simples assim. Obviamente que, como toda inferência ou generalização extraída da experiência cotidiana, leva consigo os riscos da sobreinclusão ou da subinclusão. No entanto, sendo uma ferramenta indispensável para a atividade legislativa e jurisdicional, melhor uma que esteja mais próxima da realidade⁸².

Sei que são muitas as novidades e não são poucas as polêmicas e receios que elas acarretam. Todavia, comentarei apenas uma delas: a contida no art. 442-B da CLT. E vou utilizá-la justamente como uma solução alternativa, oferecida pelo novo direito do trabalho, ao caso paradigmático resolvido no item 2.1, sob a égide do velho direito do trabalho.

3.1 – Pequeno excursus sobre o art. 442-B da CLT

Antes de esmiuçar o novo art. 442-B da CLT, gostaria de resgatar uma discussão muito parecida, ocorrida na década de 90 do século passado.

Em 1994, a Lei nº 8.949 inseriu um parágrafo único no art. 442 da CLT, prescrevendo que “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Diante desta disposição, rios de tinta foram derramados para se discutir sobre a sua extensão normativa. Todas as cooperativas haviam ganhado passe-livre? As cooperativas “multi-tudo” – prestadoras de serviços que iam desde limpeza, carpintaria e vigilância até enfermagem e física quântica – estariam livres para atuar do jeito que quisessem, para quem quisessem, sem qualquer receio de sanção jurídica e, conseqüentemente, de condenação judicial?

Deve-se lembrar que este debate teve como pano de fundo as centenas ou, quiçá, milhares de cooperativas fraudulentas que pulularam por aí, com destaque especial para o Estado do Rio de Janeiro e seus vários Municípios. Mas por que fraudulentas? Porque serviam à tosca missão de intermediação de mão de obra. Arregimentavam um indivíduo pouco qualificado profissionalmente, pagavam-lhe um salário fixo (geralmente o salário mínimo), colocavam-no para trabalhar na atividade-fim de um tomador (por exemplo, frentista de posto de gasolina) e a mágica estava feita. De um lado, o tomador desenvolvia sua atividade econômica com pouquíssimos empregados formais e, de outro, o

82 Sobre os defeitos inevitáveis (mas aceitáveis) decorrentes da generalização normativa (por exemplo, colocar coisas demais ou coisas de menos), cf., por todos: SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

cooperado obedecia às ordens dos gerentes do tomador, podendo ser punido ou até mesmo dispensado por ele. E a cooperativa? O quê? Cooperativa? Já havia sumido do mapa faz tempo! Assembleias ordinárias, distribuição de sobras e dividendos, eleições de diretoria? Pura ficção para inglês ver.

Situações caricatas como esta (mas, infelizmente, frequentes em juízo), impediram os intérpretes de compreender o parágrafo único do art. 442 da CLT como uma norma válida? Não! Entretanto, reduziram o seu âmbito de incidência (e a sua eficácia jurídica) àqueles casos em que houvesse a constatação de uma cooperativa lícita, na forma da Lei nº 5.764/71 e, atualmente, da Lei nº 12.690/2012.

Uma típica hipótese hermenêutica de redução semântica do enunciado normativo. Uma ideia lecionada magistralmente por Riccardo Guastini⁸³ e realizada corriqueiramente pelo Judiciário brasileiro, como o fez, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.395-6/DF, ao declarar que a expressão genérica “relação de trabalho” não continha a sua espécie “relação de trabalho estatutária”. O art. 114, I, da CF/88 foi declarado inconstitucional? Por suposto que não. Mas o STF evidenciou que, na opinião da maioria dos seus Ministros, ele dizia mais do que realmente deveria dizer (o “realmente” aqui é destacado como referência à já mencionada escola realista do direito norte-americano e, não por acaso, ao voluntarismo judicial como seu lema).

Repito, pois: o reducionismo semântico é um movimento argumentativo useiro e vezeiro em nossa tradição jurisprudencial.

É claro que, à época, a terceirização da atividade-fim continuava severamente restringida pela Súmula nº 331 do TST, na sua versão prevista na Resolução nº 23/93. Mas e se não estivesse proibida? E se não houvesse esta proibição?

Para mim, a redução semântica ainda seria sustentável por uma razão muito singela: a fraude. Aquelas cooperativas de fachada foram concebidas dolosamente para driblar a lei. Maquiava-se uma relação jurídica de emprego (perfeitamente ajustada aos arts. 2º e 3º da CLT) para engendrar-se uma contratação simulada e menos onerosa para o tomador. E o pior: manipulavam a vontade dos cooperados, pois via de regra tratavam-se de pessoas com pouca instrução formal, zero de especialização (baixa qualificação profissional) e sujeitas a pequenos salários, mas, ainda assim, salários melhores do que nada. Ou seja, as vítimas eram pessoas com pouca ou nenhuma capacidade real de decisão. A rigor, eram migalhas distribuídas a quem estava desempregado, pre-

83 *Op. cit.*, p. 34-43.

mido pelas necessidades básicas. Eram suficientes para ele sobreviver? Talvez. Mas certamente insuficientes para preservar a sua dignidade. Férias, repouso semanal remunerado, ambiente de trabalho saudável e seguro? Sonhos de uma noite do tórrido verão carioca.

Feitas estas divagações, retorno ao ponto.

O art. 442-B da CLT é inválido, *rectius*, é inconstitucional?

Respondo com outra pergunta: o art. 442, parágrafo único, é inconstitucional?

Ambos são constitucionais. O mais antigo, porque simplesmente acenava para o juiz temperar suas pré-compreensões e refrear opiniões açodadas: a cooperativa, tão-somente por ser cooperativa, não deveria dar azo a fraudes. Daí porque as regulares não deveriam ser confundidas com relações de emprego, seja internamente (com os cooperados), seja externamente (com os tomadores). Já o mais novo segue pelo mesmo caminho: juízes do trabalho, não invalidem automaticamente contratos formalizados entre trabalhadores autônomos e os tomadores dos seus serviços. Os que forem lícitos não devem ser confundidos com a relação de emprego preceituada nos arts. 2º e 3º da CLT. Simples assim. Quer dizer, simples para mim, mas não para o Ministério Público do Trabalho.

Descontadas as alusões genéricas à “justiça social”, “sociedade justa e solidária”, “erradicar a pobreza”, “reduzir desigualdades sociais”, “existência digna”, “função social da propriedade” e “busca do pleno emprego”, o MPT trouxe, em sua Nota Técnica nº 8⁸⁴, algumas assertivas bastante duvidosas, quando lidas com cuidado. São elas:

(a) realização material de pessoas não pode ficar sujeita apenas à sua aptidão pessoal e devem ser impulsionadas por normas estatais que garantam um mínimo existencial civilizatório;

(b) a relação de emprego é lastreada na subordinação e deve visar à proteção do economicamente hipossuficiente;

(c) a relação de emprego é direito fundamental reconhecido constitucionalmente com base na desigualdade material das partes contratantes, devendo-se afastar a plena liberdade e garantir-se um conteúdo mínimo de segurança; e

(d) a simples declaração de vontade das partes ou a mera formalização do contrato de trabalho autônomo não deve afastar a configuração da relação

84 Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+técnica+nº+8.2017.pdf?MOD=AJPERES>.

de emprego, desconsiderando a desigualdade material das partes que vicia esta vontade.

De fato, lidas em conjunto, estas afirmações misturam alhos com bugalhos de tal maneira, que, ao final, não se compreende muita coisa. Na primeira colocação, quando menciona a realização material das pessoas e a determinação de o Estado garantir-lhes um mínimo existencial, o MPT põe na mesa uma das discussões mais intrincadas da teoria dos direitos fundamentais, da filosofia do direito e da filosofia política.

No Brasil, por exemplo, os professores Ana Paula de Barcellos⁸⁵ e Ricardo Lobo Torres⁸⁶ já ofereceram algumas soluções para dissolver a dúvida a respeito de quais direitos devem compor a “cesta básica” de todo e qualquer ser humano, a fim de lhes resguardar igualdade de oportunidades na vida em sociedade. Mas, tal como sugeri nas entrelinhas, não se deve visar à igualdade de resultados (quando todos só poderiam chegar a um mesmo lugar, independentemente de quem fosse ou do que fizesse), e, sim, igualdade de oportunidades⁸⁷. Para esta, pergunta-se: até onde o Estado, ou melhor, o seu orçamento deve custear bens e serviços ao público, de modo que todos e cada um de nós carregue consigo as habilidades necessárias para buscar a sua felicidade? O que deve ser considerado indispensável para que todos e cada um de nós saia do mesmo ponto de partida, desfrute das mesmas (ou parecidas) condições iniciais de vida para, dada a largada, percorra o seu caminho e, até mesmo, possa competir com os demais? Educação fundamental, média, profissionalizante e superior para todo mundo? Ou apenas fundamental e média? Saúde pública universal ou segmentada apenas aos de baixa renda? Seguro-desemprego por quatro, oito ou 10 meses? E por aí vai.

O ponto central é decidir, dentro de um contexto de escassez de recursos (da reserva do possível), como, onde, para quem e porque distribuir os recursos públicos desta ou daquela maneira. E ao transportarmos esta discussão para o direito do trabalho, a pergunta passa a ser como, onde, por que e para que o Estado deve intervir na relação de emprego. Voltamos ao debate de alguns parágrafos acima, sobre o patamar mínimo civilizatório que deve ser resguardado para a proteção da autonomia do trabalhador subordinado.

Contudo, há uma miudeza que complica ainda mais o nosso debate justralhista: a intervenção estatal não é para gastar o que arrecada através

85 *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

86 *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

87 Por todos: DRAY, Guilherme Machado. *Op. cit.*, p. 91-96.

DOCTRINA

de suas próprias fontes de custeio. Ao contrário, é para saber até quando e como o Estado deve interferir em uma relação privada, retirando de um lado para entregar ao outro. Para o MPT, o Estado brasileiro petrificou do art. 7º ao art. 11 da CF/88. Logo, tudo o que está ali representa um modelo intocável de (re)distribuição de recursos entre empregado e empregador, salvo se houver mais (re)distribuição unicamente em prol do primeiro. Nunca menos, sempre mais, mais, mais e mais até explodir... a economia, os empregos e os empregados. Não parecem demonstrar preocupação com a fonte de custeio. De onde vem o dinheiro para pagar essa conta? Repito: parecem não se importar.

E o que tem isso a ver com o contrato de trabalho autônomo? Este, como qualquer indivíduo, empregado ou não, sempre esteve abarcado pelas discussões em torno do mínimo existencial. Mais do mesmo, portanto. Todavia, veio o MPT e disse que o contrato de emprego é pautado pela subordinação e proteção do hipossuficiente.

Ora bem. Eu não divirjo – e acredito que quase ninguém neste país o faça – que a subordinação é o elemento central da relação de emprego. Não que sozinha resolva tudo (até porque o pintor eventual que você contratou para pintar as paredes da sua sala de estar deve obedecer às suas diretrizes sobre onde pintar e qual a cor utilizar), mas sem ela não há empregado. Certo é que a subordinação jurídica admite gradações, pois um cirurgião cardíaco, empregado de um renomado hospital, possui uma liberdade de ação muito maior do que o porteiro de um condomínio residencial. Mas, de novo, sem ela não há empregado. Estamos de acordo.

O que vai gerar o meu desacordo com o MPT está em outro lugar-comum do direito do trabalho: a noção de hipossuficiente.

Como também já vimos, a hipossuficiência sempre foi associada ao indivíduo fraco economicamente, ao vulnerável, necessitado de recursos para sobreviver ou, melhor dizendo, ao que não dispõe dos meios suficientes à satisfação de suas necessidades básicas. O núcleo do conceito está, portanto, na diminuta capacidade econômico-financeira da pessoa. E, aparentemente, o MPT valeu-se desta versão clássica no seu arrazoado, pois, em mais de uma ocasião, enfatizou a “desigualdade material” como característica marcante da relação de emprego, dizendo que a proteção constitucional era dirigida ao trabalhador subordinado “economicamente hipossuficiente” e que a “desigualdade material” vicia a manifestação de vontade da parte contratante.

Mas, se é assim, vejam a armadilha em que o MPT se meteu. Quando vincula a noção de subordinação a de relação de emprego e justifica a proteção

DOCTRINA

dos empregados à sua desigualdade material em face do empregador, ele acabou por excluir os altos empregados (ou os empregados altamente qualificados) da incidência dos direitos constitucionais. Aqueles muito bem remunerados e com fácil colocação no mercado de trabalho tornaram-se párias trabalhistas. Sem qualquer má vontade, eu digo: do conjunto da obra extraída da nota técnica, conclui-se facilmente que só o empregado desprovido de recursos econômicos é titular dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988. Ao fim e ao cabo, eles ressuscitaram o empoeirado binômio subordinação econômica (só faltou usar “dependência”)!

Seguindo esta linha de raciocínio, aquele cirurgião cardíaco referido há pouco, enquanto empregado registrado, com CTPS “assinada”, não faria jus às férias, salários e repousos semanais, como todo e qualquer empregado. Afinal, como justificar a cadeia argumentativa “hipossuficiência-subordinação-natureza jurídico-empregatícia-direitos fundamentais”, se a sua remuneração ultrapassar, por exemplo, o subsídio de um Ministro do STF? Pois se não é hipossuficiente, não está subordinado; e se não está subordinado, não se insere em uma relação de emprego; e se não é empregado, fim da história. Um tiro no pé! Usaram uma premissa equivocada (de hipossuficiência como pressuposto de subordinação) para tentar defender “a relação de emprego como direito fundamental” e colheram como resultado situações em que a relação de emprego deixou de ser fundamental.

Os mais atentos já devem estar pensando: mas é só acertar a premissa. A subordinação característica do contrato de emprego não é a econômica, é a jurídica! Em consequência, a alta remuneração ou a inexistência de hipossuficiência do cirurgião cardíaco não mais seria relevante para a classificação do seu *status*. Caso fosse contratado com *personalidade* (não poderia se fazer substituir, ao menos sem a concordância expressa do hospital), *onerosidade* (muita, por sinal), *não eventualidade* (escala de 12x36 ou determinado número de plantões semanais) e *subordinação “jurídica”* (por exemplo, obediência às diretrizes do hospital, prestação de contas ao diretor do hospital e jornada de trabalho preestabelecida) *deveria ser* (linguagem normativa, tendo uma ordem como operador deôntico) *classificado como empregado*, na forma do art. 3º da CLT.

Então, art. 442-B da CLT, diga-me a que veio!

Como não se presumem palavras inúteis nas leis, ele veio por duas razões. Uma, eu mencionei acima e repito para quem estiver impaciente. Ele simplesmente acena para o juiz abrandar suas pré-compreensões e refrear opiniões açodadas. Ele brada em alto e bom som: juízes do trabalho, não invalidem automaticamente contratos formalizados entre trabalhadores autônomos e os

tomadores do seu serviço. Os que forem lícitos não devem ser confundidos com a relação de emprego preceituada nos arts. 2º e 3º da CLT. Os que forem fraudulentos e contiverem os requisitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT devem ser declarados nulos e ter reconhecido o vínculo de emprego entre as partes.

O MPT usou de inúmeros contorcionismos discursivos para dizer algumas platitudes e defender outras tantas premissas do velho direito do trabalho. Enunciar valores morais travestidos de finalidades constitucionais, sem explicitá-los, é chover no molhado. Falar de mínimo existencial, também sem discorrer sobre seu significado e tentando moldá-lo a fórceps em tudo (do art. 7º ao art. 11 da CF/88), não me convence. Associar hipossuficiência à subordinação é um anacronismo perigoso. E dizer que a relação de emprego é um direito fundamental confunde mais do que esclarece, pois, ao mais desavisado, pode fazer crer que o Estado deve prover o pleno emprego, planejar e dirigir a economia, estatizar os meios de produção e trocar as cores da bandeira nacional para o vermelho rubro. O emprego em si, em uma sociedade baseada na livre iniciativa, justiça social e democracia, é uma faculdade, um merecimento ou, a depender do ponto de vista, uma oportunidade de vida digna, mas direito, data vênia, não é. Tecnicamente falando, direito a ser empregado pressupõe o dever de empregar. E o dever de empregar pressupõe uma norma ordenando que alguém empregue outrem. Esta norma não existe, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro. E, por derivação lógica, inexistem destinatários desta norma inexistente.

O art. 442-B da CLT é um dispositivo que ressalta a importância da autonomia da vontade individual. Ele é um holofote normativo que veio para iluminar uma realidade negada veementemente pelo MPT e por muitos defensores do velho direito do trabalho: existem pessoas que não querem ser empregadas e preferem ser contratadas como autônomos! E para estas pessoas, o contrato formalizado é válido e não deve ser associado, automaticamente, à fraude. Transformá-lo, na marra, em outra coisa é uma violência contra o legítimo exercício do direito fundamental à liberdade individual dos contratantes. Isso sem falar que, na maioria das vezes, incentiva uma deslealdade e uma má-fé desabrida! Nada mais nefasto do que combinar de um jeito e depois utilizar-se de um discurso paternalista para passar a borracha na realidade e dar o dito pelo não dito, apesar de ambos terem se acertado com liberdade, informação e plena consciência das consequências da decisão conjunta para as suas vidas profissional e empresarial.

Diferentemente do que se diz abstratamente em muitos livros, não custa repetir à exaustão a ideia diametralmente oposta, já mencionada em diversas

passagens deste texto: nem todo trabalhador é hipossuficiente e decide sempre de modo viciado. E mais: nem todo trabalhador subordinado é hipossuficiente e decide sempre de modo viciado. E melhor: a hipossuficiência, quando existe, admite gradações.

A afirmativa do MPT, segundo a qual “a simples declaração de vontade das partes ou a mera formalização do contrato de trabalho autônomo não deve afastar a configuração da relação de emprego, desconsiderando a desigualdade material das partes que vicia esta vontade”, é uma ode à desvalorização, em estado bruto, da autonomia de vontade das pessoas.

Como assim, e desde quando, a declaração de vontade de alguém admite os adjetivos “simples” ou “mera”? Tais colocações tratam todos os cidadãos brasileiros como imaturos, de A a Z, independentemente de suas circunstâncias pessoais. É puro e simples paternalismo ilegítimo. Por certo que a desigualdade material pode, no extremo, pulverizar a liberdade decisória. E não foi outra a situação vivenciada pelos cooperados das cooperativas multi-tudo. Mas pressupor que sempre haverá desigualdade material ou que, ainda sem ela, a vontade do trabalhador é sempre falaciosa, é virar-se de costas para o mundo real. E nada mais perigoso do que trancafiar-se em um mundo de fábulas, a despeito da realidade que bate à sua porta!

Para densificar um pouco mais o art. 442-B da CLT, resgatarei aquela história contada no item 2.1 deste artigo.

3.2 – Solução alternativa para o caso paradigmático

Espero que você ainda se lembre do nosso caso paradigmático. Se não, volte rapidamente ao item 2.1, releia-o e venha de novo para cá. Pronto. Feito isso, renovo o convite: vamos pensar fora da caixa. Agora, diante do art. 442-B da CLT, é possível indagarmos que tipo de *animus contrahendi* aquele trabalhador manifestou. Para tentarmos construir uma resposta racionalmente aceitável, o mínimo que se espera é que contextualizemos melhor o problema.

Primeira e mais importante das contextualizações: Quem era o trabalhador? Era uma pessoa instruída, informada, bem-sucedida, com entrada no seu segmento do mercado de trabalho (e às vezes até em plena atividade quando da contratação), sem qualquer dificuldade financeira. Em suma, o oposto do conceito clássico de hipossuficiente.

Segunda, e não menos importante, contextualização: como se desenvolveu a relação jurídica formalizada entre as partes? Houve um contrato válido (agentes capazes, não era uma atividade ilícita e respeitaram-se as formalidades

eventualmente existentes), a remuneração ajustada era bem polpuda e sempre foi paga regularmente (e a exposição pública, derivada do seu trabalho para a TV, rendeu-lhe ainda outros fartos ganhos adicionais), tendo ocorrido a rescisão contratual exatamente na forma acertada por ambos.

Retorno à questão. Qual o tipo de *animus contrahedi* foi manifestado pelo trabalhador? O de ser um trabalhador autônomo e, depois, o de prestar serviços como pessoa jurídica. E, neste contexto, sua vontade deve ser considerada viciada? Você consegue vislumbrar algum vício de consentimento (erro, dolo, coação, estado de necessidade ou lesão) apto a entortar a sua decisão? Ou ela foi escoreita, lisa, de acordo com o direito?

Eu penso que o ajuste entre os dois foi válido e, no futuro próximo, estará de acordo com o art. 442-B da CLT.

Na verdade, eu julgo assim não é de hoje. Jamais atropeli a vontade real dos contratantes. Nunca fiz vista grossa para o que uma pessoa, em circunstâncias semelhantes às descritas, decidiu para si. Acredito que fazer o contrário é premiar a má-fé e a deslealdade contratual e permitir transformar o Judiciário em uma máquina do tempo, tornando o trabalhador autônomo imune às responsabilidades e consequências das suas próprias decisões. A sentença do juiz adquire ares de um verdadeiro bilhete premiado de loteria. Milhares de reais são auferidos ao longo do contrato livremente combinado e milhões de reais são embolsados depois que ele termina, simplesmente porque o juiz ficou cego, surdo e mudo para o exercício regular do direito fundamental de livre contratação.

Alguns ainda alegam a natureza impositiva das normas trabalhistas. Ora, o trabalhador não pode escolher. Se a sua realidade se encaixa no art. 3º da CLT, a força gravitacional deste dispositivo não lhe dá margem para contestações. Não penso assim. Antes de o juiz reescrever o passado, ele deve lembrar que este dispositivo não é um buraco negro que suga a tudo que está ao seu redor. A bem de ver, esta suposta impossibilidade jurídica advém da proteção da própria autonomia decisória do empregado necessitado, que estará comprometida pela sua urgência alimentar. Quando a necessidade não existe, o juiz não deve continuar a usar uma camisa-de-força amarrada pela figura abstrata e irreal do empregado-Chico Bento. Ele possui o dever de enxergar a vida como ela é e sentenciar, com todas as letras, que a intenção contratual do trabalhador não foi a de ser empregado. Ele quis ser autônomo e, depois, ele quis ser PJ. Liberdade e responsabilidade. Esta é a dupla dinâmica da filosofia do direito,

muito bem explicada há séculos por John Stuart Mill⁸⁸ e, mais recentemente, por Michael Sandel⁸⁹.

Mas para aqueles que, consciente ou inconscientemente, resistem a dar este passo, aconselho-os a lerem o art. 150 do CC⁹⁰. Dolo recíproco. Se a rede de televisão efetivou um contrato de trabalho autônomo para diminuir o custo trabalhista da mão de obra, o ator (ou o jornalista) aceitou esta forma de contratação porque também lhe beneficiava, seja sob o ponto de vista tributário, seja pelos sedutores ganhos diretos e indiretos que surgiriam a partir da assinatura do contrato. Não há santos nessa história. Se houve fraude, ela se deu numa via de mão dupla.

Assim, penso que o art. 442-B da CLT veio para reforçar estes entendimentos. Não é um dispositivo inconstitucional e, menos ainda, um artigo inútil. Ele é um alerta para o juiz e um holofote para a realidade.

A tão propalada primazia da realidade, na esteira do novo direito do trabalho brasileiro, adquire um sentido totalmente diferente.

4 – Conclusão

Mudanças nas leis trabalhistas estão ocorrendo pelo mundo todo. Portugal, Alemanha, Espanha e Itália são exemplos da natureza intrinsecamente cambiante desta especial forma de regulação⁹¹. A França também, apesar de retardatária⁹². O motivo é óbvio: poucas coisas mudam tão rápido nesta nossa modernidade líquida quanto os modos e meios do trabalho humano. Dia sim, outro também, visionários proclamam o fim de metade das atividades profissionais conhecidas para daqui a 50 anos⁹³. Até algoritmos aptos a realizar julgamentos estão em gestação⁹⁴. Na medicina, o programa Watson, desenvolvido pela gigantesca IBM, auxilia médicos experientes no aprimoramento de seus diagnósticos, não havendo quem duvide que, no futuro próximo, ele será

88 *On liberty*. Mineola: Dover Publications, 2016.

89 *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

90 “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.”

91 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 125-127.

92 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/internacional/1504172887_983395.html>. Acesso em: 11 set. 2017.

93 Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,a-grande-extincao-de-empregos,70001909434>>. Acesso em: 11 set. 2017.

94 Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/curiosidade/111109-futuro-justica-estudo-mostra-ai-capaz-prever-julgamentos.htm>>. Acesso em: 11 set. 2017.

capaz de realizar suas próprias avaliações⁹⁵. A inteligência artificial, a internet das coisas, as supervelocidades de conexão e a automatização estão cada vez mais presentes em nosso dia a dia, integrando-se de tal forma em nossas vidas que, às vezes, nem mesmo conseguimos percebê-las⁹⁶.

Decerto que o direito, sendo fruto dos valores, da experiência, dos humores, da cultura, enfim, sendo um fenômeno axiológico, social e histórico, datado e geograficamente determinado, não fica imune a esse turbilhão pelo qual estamos passando. Isso sem falar das jabuticabas nacionais. Institucionalmente, o terremoto vem, por exemplo, dos impeachments, das ações penais em face de presidentes da república, da prisão de ex-presidentes da câmara dos deputados, de ministros do STF em confronto aberto e direto com procuradores gerais da república. Da economia, a turbulência foi precificada, com quase três anos de severa recessão, congelamento (quando não inadimplemento) de salários de servidores públicos, déficits orçamentários em progressão aritmética, milhões de desempregados, falências a granel e paralisação de investimentos mínimos em saúde, educação, saneamento, transporte e habitação. Da sociedade, chama a atenção a violência sem hora para chegar, com crimes tão brutais que fariam as tragédias gregas parecerem fábulas infantis de Esopo. De novo: em um contexto arrasa-quarteirão como esse, o direito certamente não fica e – arrisco-me a dizer – não deve mesmo ficar imune.

Adaptação, já dizia Darwin, é a chave do sucesso evolucionário. Tal como ocorre na biologia, o direito também deve evoluir, adaptar-se às novas circunstâncias. Ou isso, ou não dará conta do recado. Correrá o risco de virar letra morta ou, pior, de virar um zumbi normativo, um morto-vivo jurídico que degrada e bagunça as relações entre os vivos. O novo, neste sentido, pode servir como um instrumento capaz de ressuscitar o que estava moribundo.

Penso que ao menos uma chance deve ser dada ao novo direito do trabalho. Despir-se dos preconceitos arraigados, que entorpecem a razão e liberam os sentimentos mais viscerais, é dever de ofício de quem atua no cenário jurídico-trabalhista. Advogados, procuradores e, principalmente, os juízes do trabalho têm a obrigação de abrir a mente e aplicar o novo direito do trabalho positivado pela Lei nº 13.467/2017. Devem, no mínimo, acordar para o fato de que o Parlamento decidiu assumir seu lugar de direito em um Estado Demo-

95 Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/digital-transformation/br-pt/o-que-e-watson-plataforma-cognitiva-inteligencia-artificial-robot/>>. Acesso em: 9 set. 2017.

96 Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/bbc/2014/12/07/como-a-conexao-5g-mudara-o-mundo.htm>>. Acesso em: 11 set. 2017.

crático: o de protagonista da criação e inovação normativa. E que esta decisão legislativa possui um quê de reação ao intenso ativismo da Justiça do Trabalho.

Mas quando digo Justiça do Trabalho não me refiro apenas aos juízes, desembargadores e ministros. Também os advogados e o ministério público devem vestir a carapuça, pois, além de ingressarem nas fileiras judiciais através do quinto constitucional, são eles que nos provocam e retiram o Judiciário da inércia, trazendo suas teses à discussão, muitas das quais com um viés altamente paternalista. Este estado de coisas foi frontalmente rejeitado pela Reforma Trabalhista. Este descolamento da realidade exauriu-se. O eixo do direito do trabalho se deslocou. Agora, o seu centro de gravidade é a autonomia da vontade, individual e coletiva, do empregado e do empregador. Ao invés de discutirmos o sexo dos anjos (se o empregado deve ser protegido de si mesmo, desconsiderando a sua decisão e tornando-o irresponsável pelas suas consequências), estamos impelidos a analisar o que verdadeiramente importa: a qualidade da sua manifestação, a qualidade da sua autonomia. A lealdade e a boa-fé, contratual e processual, agradecem.

O novo direito do trabalho é realista: ele leva a real intenção das partes a sério, descortinando o grau de informação, envolvimento e liberdade das decisões da dupla dinâmica empregado/empregador. O novo direito do trabalho é pragmático: ele molda os resultados normativos a partir da priorização da construção das regras do jogo pelos próprios interessados, presumindo – até prova em contrário – que eles estão habilitados a decidirem por si mesmos os rumos de suas vidas.

Obviamente que o estoque de conhecimento acumulado pelos especialistas do velho direito do trabalho continua aí e não deve ser desperdiçado. Não estamos apagando as páginas do passado. Estamos, sim, escrevendo as páginas do futuro. Antes, vivíamos fadados a reler incansavelmente o que foi, sem parar para ver e dizer que isso não tinha mais nada a ver com o que é. Precisou vir o Legislativo e falar o que poucos queriam ouvir: o rei estava nu há tempos. Estávamos cegos pela crença, pelo idealismo, pela ideologia. Recebemos uma sacudida normativa. É normal que fiquemos atordoados. Mas isso não nos deve impedir de, eliminado o assombro inicial, interpretar a Lei nº 13.467/2017 com boa-vontade. Desarmar-se de controles de constitucionalidade e convencionalidade é uma boa medida, pois mostra algum respeito pela opinião alheia, no caso, da larga maioria parlamentar. Façamos um *mea culpa*. Vejamos onde pesamos a mão, onde erramos. Nada melhor do que um exame de consciência para clarearmos nossas ideias e equilibrarmos as nossas razões com as nossas emoções.

DOCTRINA

O novo direito do trabalho está aí, pronto para ser aplicado e testado no habermasiano mundo da vida⁹⁷. O seu monitoramento, para realização de diagnósticos, de estatísticas e proposição de correções é o que de melhor poderão fazer os mais desconfiados. Coletem dados, analisem-os com lógica, com coerência, com método, atentem para a realidade futura e comparem-na com a do passado. Sofistiquem o argumento e plantem os pés no chão, deixando de lado os sofismas e o romantismo ilusório. Façam isso, se quiserem criticar o porvir. Pois, do contrário, se insistirem em mais do mesmo discurso raivoso, abstrato e saudosista, a reação poderá vir ainda mais forte, e bem antes do que se imagina.

Recebido em: 10/06/2018

Aprovado em: 14/06/2018

97 Uma boa introdução à obra bem densa de Jürgen Habermas pode ser encontrada em: REESE-SCHÄFFER, Walter. *Compreender Habermas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.