

Opinião: Trabalho vem de tripalium, mas não leve isso ao pé da letra

27/08/2018

Há mais de dois séculos, no dia 26 de maio de 1784, Wolfgang Amadeus Mozart disse, em carta a seu pai, que odiava fazer as pessoas infelizes^[1]. O filho reconhece ao pai sua frustração em não fazer aquilo que amava, ou seja, deixar as pessoas felizes. A Constituição brasileira soa ter esse mesmo sentimento mozartiano de amar e fazer as pessoas felizes.

O preâmbulo da Constituição brasileira invoca a proteção de Deus. No princípio, era o verbo. Princípie por amar o próximo como a si mesmo e por *fazer* as pessoas felizes, bem-aventuradas, prósperas. Já que o texto constitucional está em desuso, talvez o texto preambular venha a desencadear uma leveza maior interpretativa, no sentido de aceitação daquilo que está escrito em palavras. Tal advertência é feita com toda lhanza.^[2]

Com quase 30 anos de existência, a Constituição de 1988 está como que a ser acusada de não fazer as pessoas felizes, de não gerar a bem-aventurança, de não fomentar a prosperidade. Há acusações de todos os tipos. Uma delas é a de que, pasmem, a CF traz muitos direitos. E queriam o quê? Uma Constituição é para isso. É um remédio contra os poderosos e contra maiorias que se assanham contra...os direitos. Cabe invocar novamente o preâmbulo da Constituição, segundo o qual há prevalência do aspecto protetivo.

Por leituras tortas, o viés protetivo da Constituição foi transformado em ativismo, como no exemplo da outorga de indenização por dano social de ofício^[3]. Por sua vez, o segundo ponto é de que haveria um excesso de direitos na Constituição e que disso resultaria um custo insustentável para a sociedade. O raciocínio é de índole economicista mesmo, na ideia de que é primeiro necessário fazer o bolo crescer e deixar florescer a competitividade entre os indivíduos num mercado gerador de des-equilíbrios i-mediatos, com base numa espécie de *Análise Econômica da Moral*, em complexa rede mercantilizante voltada ao *fechamento ético* do indivíduo.

O ex-presidente do TST Almir Pazzianotto vocifera contra a subordinação estrutural, dizendo que esta “não encontra amparo na legislação brasileira, constituindo-se em um dos condenáveis modismos geradores de insegurança jurídica e de passivos para o contratante, subitamente transformado, por sentença judicial, empregador de quem não é”^[4]. Há validade no argumento? Aposição do não, ou seja, a construção do sentido avesso àquele propugnado. A subordinação estrutural é criatividade estratégica mercantilista para distanciar as fontes de trabalho humano em relação aos humanos que frutificam o trabalho. Explica-se.

Fontes de trabalho humano são aqueles fatos da vida que geram trabalho humano, tais como empreendimentos empresariais, atividade estatal, voluntariedade institucionalizada. Já humanos que frutificam o trabalho são tanto aqueles que realizam o trabalho em si quanto aqueles que lucram com o resultado do trabalho, tais como empregados e empregadores, autônomos e clientes, agentes públicos e povo, voluntários e beneficiados. Note-se que a

lucratividade aqui é a da Constituição, mais que tecnicista-contábil pós-despesas (lucro-pobre), mas verdadeira principiologia constitucional como valorização do indivíduo na sua potencialidade existenciária ou, como já dito, pessoas felizes, bem-aventuradas, prósperas.

Não há como se escapar da inexorável complexidade inerente ao fenômeno trabalho, o qual não pode ser tratado com descaso. A raiz da lucratividade é o trabalho. Pretender o descaso com o trabalho para fomentar a proteção de um lucro-pobre com base em um emaranhado jurídico de diluição empresarial não responde a um pressuposto básico da própria proteção do tal lucro. Não haverá lucratividade se o trabalho for desprotegido. Aí haverá espoliação mesmo. E aqui é importante mencionar a tentativa, pela leitura fenomenológica, de superação de um já consagrado modelo dicotômico no ambiente jurídico-trabalhista, ou seja, a cisão colidente entre “capital” e “trabalho”.^[5]

Fato é que são seres humanos que convivem e se realizam por meio e através do trabalho, seja na via do salário, seja na via do lucro-pobre, seja nas outras inúmeras vias possíveis de abordagem. Trabalho não pode ser *tripalium*, instrumento usado para torturar animais. Diante disso, é inescapável a conclusão de que não há validade constitucional em qualquer construção científica que gere insegurança jurídica, não apenas para os seres humanos que usufruem do lucro-pobre com o trabalho, mas também para aqueles seres também humanos que disponibilizam seu corpo e sua energia para realizar trabalho e frutificá-lo em salário, satisfação pessoal etc. Do mesmo modo, não há validade constitucional em se desproteger o salário do humano que realiza o trabalho em troca de salário em nome da proteção do lucro-pobre de um agente empresarial diluído num emaranhado corporativo comprovadamente vinculado à atividade.

Pazzianotto invoca John Marshall: “O Poder Judicial, distinto do poder das leis, não existe. Os tribunais são meros instrumentos das leis, e não têm vontade própria”. Há aqui uma divergência e uma concordância. O Poder Judiciário brasileiro, inclusive a Justiça do Trabalho, tem sim poder e não é mero instrumento de leis. Fosse assim, tudo que já se escreveu sobre jurisdição constitucional deveria ser queimado em praça pública^[6] ou então o Poder Judiciário poderia ser extinto com a criação de sistema computacional baseado em algoritmos criptográficos para [aplicação da letra da lei](#). Mas não pode ser assim! Deve prevalecer a força normativa da CF. O pressuposto é a validade constitucional da lei.

Basta conjecturar acerca dos resultados das posições adotadas. Proteger o lucro-pobre resultará em execuções frustradas de seres humanos que dependem do trabalho para sobreviver em um Brasil desigual e violento^[7]. Por outro lado, proteger o salário (e aqui nem se questiona a dignidade existenciária daí proveniente) resultará em execuções satisfeitas com o sacrifício do lucro-pobre de seres humanos que, via de regra, não dependem do trabalho para sobreviver e talvez até mesmo a sua hora-trabalho seja igual ou até superior à metade do salário mínimo. Emblemáticas são as audiências em casos de terceirização, nas quais há um significativo corpo jurídico de manutenção e aprimoramento estratégico pelas empresas tomadoras dos serviços terceirizados. Já a empresa prestadora, e isso não é incomum, ou nem sequer comparecem à audiência ou então comparece apenas o seu titular, com nítida hipossuficiência econômica e sem assistência jurídica por advogado.

Há uma dicotomia em voga não apenas no Direito do Trabalho, como se os atores jurídicos pertencessem a campos díspares e excludentes. Adeptos de um solidarismo social protecionista versus defensores de um liberal-individualismo mercantilista. Ocorre que não há liberdade individual no ambiente de competitividade mercantil sem a garantia de um nível mínimo de dignidade a exigir a aplicação de institutos científicos de solidariedade social de modo a proteger o trabalho como fenômeno germinal[8] do ambiente econômico de convivência humana. Nesse mínimo, está a garantia do salário em face da rede corporativa empresarial que se apropria da força despendida pelo ser humano que realizou o trabalho. Há um dever constitucional de solidariedade no sentido de mitigar o lucro-pobre de uns seres humanos em nome da proteção do salário (digno?) daqueles outros seres humanos que, em sua maioria, dependem do trabalho para sobreviver, em regra, com a metade do salário mínimo.

Ainda que uma lei venha a dizer que a subordinação estrutural não caracteriza vínculo de emprego, *esta lei deverá significar a proteção da constitucionalidade como resguardo do trabalho como fenômeno gerador de felicidade*. Ou de menos infelicidade. O critério básico é que o mesmo fenômeno trabalho gera ou deve gerar lucratividade para todos aqueles que com ele se envolvem (no exemplo mais tradicional do Direito do Trabalho, teríamos empregados e empregadores). Diante disso, haveria um índice de felicidade, bem-aventurança, prosperidade mais equânime e consentâneo à dignidade humana dos indivíduos. Os atores jurídicos devem ter, no mínimo, um pé atrás, dado que a reforma trabalhista teve amplo apoio editorial da família mais rica do Brasil, ou pelo menos uma das, segundo a lista [Bloomberg](#), especialmente em se considerando a notória “pejotização” como fraude trabalhista no meio midiático.[9]

Voltemos a uma abordagem mais dogmática, digamos assim. Com efeito, três exemplos esdrúxulos de redação podem ser invocados para evidenciar que o Poder Judiciário deve cumprir a lei constitucionalmente válida, porém, ainda mais que isso, deve afastar a lei constitucionalmente inválida. *A lei da reforma trabalhista é promíscua em dizer “x” não é “x”, mas “y”*. Assim, diz-se que não é salário o salário resultante de prêmios habitualmente pagos em razão da prestação de serviços com o plus da “liberalidade patronal” em reconhecer no ser humano que concretiza o trabalho gerador de lucratividade “desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades” (art. 457 da CLT). A reforma trabalhista chegou ao disparate de prever: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” (art. 611 da CLT), em total descaso com a tradição autêntica do direito internacional inerente à proteção do trabalho humano digno.

O fenômeno da “pejotização” chancela a distopia de uma sociedade de seres (des)human(izad)os que, embora na sua cotidianidade dependam do trabalho para sobreviver, passaram a formalmente depender de uma pessoa jurídica de sua formal titularidade para auferir lucro-pobre independente de proteção estatal. A despeito dessa discussão mais estruturante, fato é que a lei da reforma trabalhista prevê um absurdo jurídico de que não caracterizaria vínculo de emprego o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços (CLT, art. 442-B). *A criatividade brasileira é tamanha que deu à luz a figura do autônomo-dependente, porque certamente estará em maus lençóis em caso de perda do seu único “cliente”*. Não se está a descartar situações de efetiva autonomia no desempenho de trabalho em tais condições, o que, todavia, não justifica a generalização abstrata sem respaldo

probatório em cada caso interpretado um a um para cada ser humano que busca acessar a justiça.

Mas há também a via de aplicativos, com exemplo mais emblemático do fenômeno da uberização. O fenômeno é historicamente incipiente e demanda estudos para orientar juridicamente a estruturação socioeconômica do trabalho em uma *modernidade líquida* (Zygmunt Bauman). O fenômeno vem na mesma linha do pensamento liberal-individualista mercantilizante de distanciar as fontes de trabalho humano em relação aos humanos que frutificam o trabalho, com incremento da assunção individual dos riscos só pelos indivíduos cujo corpo e energia realizam o trabalho. A [declaração de Tom Slee](#) é de que “em vez de promover a igualdade, muitas empresas da economia compartilhada estão promovendo uma forma desprotegida e vulnerável de trabalho mal remunerado, e as promessas de sustentabilidade acabaram se revelando vazias”.

Em Portugal, foi publicada a Lei 45/2018 com nítido e tendencioso fortalecimento da autonomia individual mercantil, dado que nela embutida a destruição das bases de solidariedade social na proteção do trabalho como realização digna do ser humano. Bastante preocupada com o negócio em si, há uma mercantilização do trabalho dos uberizados, com proteção mais proeminente ao consumidor. O art. 13 limita a jornada em até 10 horas a cada 24 horas. Ao invés de destinada à proteção do trabalho digno, é previsão voltada a alguma segurança no trânsito e, notadamente, a uma espécie de concorrência “leal” entre os uberizados. Do *fordismo*, passamos pelo *toyotismo* e agora se avizinha o *uberismo*, na histórica estratégia de distanciar as fontes de trabalho humano em relação aos humanos que frutificam o trabalho, de modo a diluir a concreta disputa pela lucratividade inerente ao trabalho, para além do lucro-pobre já mencionado, com mais intensidade de disputa a depender da maior força centrípeta de atração.

De tudo que se disse, causa estranhamento declaração do professor Juliano Barra, da prestigiada *École de Droit de La Sorbonne*, de que a reforma trabalhista “precisa seguir uma doutrina que, em países de tradição romano-germânica, deve ser produzida por acadêmicos, e não por juízes”. E mais, que nos “países do civil law, o juiz não faz doutrina, pois aquele que faz doutrina não teria isenção total para decidir aquilo que escreveu” e conclama: “Nós precisamos reagir. Nós precisamos criar um contramovimento onde se faça respeitar a reforma trabalhista e onde seja aplicada a vontade do povo, que foi decidida pela maioria de seus representantes eleitos”^[10]. Ora, ora, o professor não sabe o que o que é jurisdição constitucional. O fato de a reforma ter sido votada pelo parlamento não a torna imune à jurisdição. *Vai ver que o professor Barra está falando da França do século XIX...*

Já que estão em voga as colaborações formais e informais entre autoridades de países diversos, cabe lembrar alguns princípios inerentes às relações internacionais, previstos no art. 4º da Constituição: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, etc. Nesses tempos de recrudescimento do ódio como mote geopolítico, vamos fazer como Mozart fez lá no século da principal revolução burguesa, a Francesa de 1789. E a reforma trabalhista está longe de ser a receita infalível para tal desiderato...

O desafio de entendimento compreensivo de algo, em especial algo tão importante como a Constituição, não é exclusividade da ciência do Direito. Na música, dois questionamentos

pautaram Aaron Copland (1900-1990) na sua pesquisa de *Como Ouvir e Entender Música*, lançada em 1939. Os questionamentos são: se o ouvinte leigo está ouvindo tudo que esta acontecendo e se o ouvinte está realmente sensível a isso (Prefácio, Editora É Realizações, 2013). O papel do Direito, voltado à demonstração da sabedoria desenvolvida, é justamente construir os elementos de estruturação científica aptos a educar os diversos atores jurídicos (inclusive leigos...!) a ouvir tudo que está acontecendo e a estar realmente sensível a isso.

De novo: trabalho se origina de tripalium... mas, por favor, não leve isso ao pé da letra!

[1] Mozart, Wolfgang Amadeus, 1756-1791. Aforismos Musicais (extraídos de sua correspondência completa), Editora Tipografia Musical, 2016, pg. 83. Fica a dica do filme Amadeus de 1984.

[2] Exemplos são os cases de presumidos (não) inocentes até (antes) do (não) trânsito em (não) julgado, o [Case Ptolomeu](#) Ainda Vive, ou de (não) assistidos (não) integral e (não) gratuitamente, o [Case Assistido Pero No Mucho](#).

[3] Nos Estados Unidos, recente [decisão](#) condena indústria farmacêutica em 289 milhões de dólares. Detalhe que essa condenação beneficia o indivíduo que ingressou com a ação judicial, o jardineiro Dewayne Johnson. No Brasil, enquanto isso, a corrente “liberal-individualista” brasileira repristinou tarifação de indenização por danos morais, antes consagrada na já declarada inconstitucional Lei de Imprensa nesse aspecto (ADPF 130), agora nos casos em que a indenização é devida como responsabilização civil na Justiça do Trabalho (CLT, art. 223-G).

[4] Em A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa/Coordenação de Yone Frediani. – Porto Alegre: Magister, 2015, pg. 33.

[5] O lucro-pobre, saldo contábil pós-despesas, advém do mesmo fenômeno trabalho que deveria gerar salário adequado, para não falar em garantia de existência digna. Assim como o Direito do Trabalho não se chama Direito do Salário, ele também não se chama Direito do Lucro (o lucro-pobre...!). Por oportuno, eis uma reflexão sobre a ênfase no fenômeno com o Direito do Crime, e não meramente persecutório-punitivista de Direito Penal ou da Pena.

[6] Nesse sentido, Streck, L.L., por exemplo, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional*, entre outras.

[7] [Metade](#) dos trabalhadores brasileiros tem renda menor que o salário mínimo, segundo IBGE.

[8] Em *Germinal* (1885), o escritor francês Émile Zola (1840-1902) retrata a situação indigna de mineradores grevistas contra a redução salarial.

[9] Já em 2004, [reportagem](#) da **ConJur** da lavra de Débora Pinho e Priscyla Costa relata que “empresas jornalísticas de São Paulo respondem a 5.408 reclamações trabalhistas movidas por seus ex-empregados” e que “jornalista trabalha como empregado, mas recebe como pessoa jurídica”. Bingo.

[10] Estão em voga essas posturas de intolerância institucionalizada à diversidade de pensamento científico, o que pode ser vislumbrado nos cases [Newton](#) e [Corcioli](#). O professor da



Sorbonne, ao falar em “contramovimento”, dá razão ao bordão de um dos articulistas (Lenio Streck): “Aplicar a Constituição, hoje, é um ato revolucionário”.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-ago-27/trabalho-vem-tripalium-nao-leve-isso-pe-letra/>