



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

DANIEL CONDE BARROS

**O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO
CONSUMIDOR: REFLEXOS DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Maceió, Alagoas

2008

DANIEL CONDE BARROS

**O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO AO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO
CONSUMIDOR: REFLEXOS DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^o Dr. Marcos Bernardes de Mello.

Maceió, Alagoas

2008

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

B277c Barros, Daniel Conde.
O conflito entre a proteção ao trabalho e a proteção ao consumidor : reflexos da nova competência da justiça do trabalho. – Maceió, 2008.
116 f.

Orientador: Marcos Bernardes de Mello.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2008.

Bibliografia: f. 111-116.

1. Brasil – Constituição. 2. Constituição – Emendas. 3. Direito constitucional.
4. Justiça do trabalho. 5. Competência (Autoridade legal). I. Título.

CDU: 342.4(81)''1988''

Dedico este trabalho aos meus pais Orlando Campos Barros e Sílvia Cristina Monteiro Conde, por fazerem do estudo a prioridade da minha vida e à memória do meu avô, Sílvio de Albuquerque Conde, eterno exemplo trabalho e dedicação.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Alagoas, em particular ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas;

Ao Professor Doutor, Marcos Bernardes de Mello, pelo exemplo, paciência e orientações, desde o meu primeiro dia de aula na graduação da Universidade Federal de Alagoas;

Aos meus colegas do Programa de Mestrado, pelos diversos momentos de colaboração, em especial ao grande amigo Arthur Amorim;

Aos Amigos Denarcy Souza e Silva Jr e Marcos Ehrhardt, Jr, pelas inestimáveis colaborações no transcorrer das atividades;

À Giovanna Codá, pelo apóio e confiança dado a todos do Programa de Mestrado;

A todos os professores que compõem o programa de Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, pela dedicação e abnegação;

À Gabriela Trevas, pelo apoio e confiança que me permitiram continuar perseguindo o objetivo;

E, com muito carinho, a Tuanny Lôbo, pelo apoio nestes momentos finais.

A todos, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente estudo busca discutir o conflito trazido a partir da edição da emenda constitucional Nº 45 entre o conceito de relação de consumo e o de relação de trabalho. A ampliação da competência da justiça do trabalho trouxe à tona a possibilidade de existir, em uma mesma relação jurídica, relações de trabalho que fossem também relações de consumo, levando a julgamento, a partir de então, na Justiça do Trabalho, estas relações. Para tanto, buscou-se, inicialmente, analisar a reforma em si, sua tramitação e finalidade, bem como o objeto da proteção. A partir de então, relacionar a natureza de tais normas com o papel do Estado, trazendo, assim, o grau de importância dessas normas no ordenamento jurídico. A natureza de direito fundamental das normas que protegem as relações de trabalho e as relações de consumo traçam o rumo que toda a interpretação deve seguir, buscando sempre sua mais completa realização e afirmação. Em seguida, analisou-se o contexto atual do mundo do trabalho, estabelecendo os limites jurídicos impostos ao constituinte reformador a partir da concepção substancialista de constituição, bem como sua repercussão nas relações privadas. Enfim, analisaram-se os elementos essenciais para definição de cada tipo de relação, considerando a necessidade da distinção, em função dos sujeitos protegidos em cada espécie possuírem situações peculiares que determinam um tratamento diferenciado.

Palavras chave: Relação de trabalho. Relação de consumo. Justiça do Trabalho.
Competência. Emenda Constitucional Nº 45.

ABSTRACT

This study aims to discuss the conflict brought from the issue of constitutional amendment No. 45 of relationship between the concept of consumption and the labor relationship. The extension of jurisdiction of the justice of work has brought to light the possibility to exist in the same legal relationship, labour relations that were also relations of consumption, leading to trial, then, the Justice Labour, these relations. To this end, trying to, initially, to examine the reform itself, its functioning and purpose, and the object of protection. Since then, relate the nature of such standards with the role of the state, bringing thus the degree of importance of these standards in the legal system. The kind of fundamental right of standards that protect the employment relations and relations of consumption make the course that all must follow the interpretation, always searching for its most complete realization and affirmation. Then looked up the context of the current world of work, establishing the legal limits imposed on constitutional reform from the “substancialista” design of incorporation, as well as its effect on private relationships. Finally, looked up the definition of essential elements for each type of relationship, considering the need to differentiate, depending on the subject in each protected species have unique situations that determine a treatment distinct.

Keywords: Labor Relationship. Consumption Relationship. Justice Labour. Jurisdiction. Constitutional Amendment No. 45.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E A ALTERAÇÃO NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	11
1.1 A Reforma do Judiciário e a Emenda Constitucional n. 45/2004.....	11
1.2 O sentido da reforma do Judiciário.....	15
1.3 O estado da arte – as diversas posições existentes acerca do alcance da expressão “relações de trabalho” contida no Art. 114, I da Constituição Federal.....	18
1.4 O Objeto do novo art. 114, I da Constituição Federal.....	24
2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS DA PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DO CONSUMIDOR.....	31
2.1 O Fundamento dos Direitos Fundamentais.....	31
2.2 As Normas Internacionais e Normas Constitucionais de Proteção do Trabalho Humano.....	35
2.3 O Caráter Supra-estatal da Defesa do consumidor.....	38
2.4 A Relação entre as formas de Estado e os Direitos Fundamentais.....	42
2.4.1 Estado Liberal.....	42
2.4.2 Direitos Fundamentais no Liberalismo: as Liberdades.....	45
2.4.3 Surgimento do Estado Social e os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.....	47
2.4.4 Crise no Estado Social e os Direitos Fundamentais de Solidariedade.....	52
3 A SITUAÇÃO DO TRABALHO E A NATUREZA DE SUA TUTELA.....	60
3.1 A Sociedade pós-industrial e as formas de trabalho.....	60
3.2 Constitucionalismo Brasileiro: Substancialismo.....	63
3.3 Ordenamento jurídico e sua divisão: A Constitucionalização do Direito Privado e as Relações jurídicas de Direito Privado.....	66

4	A DISTINÇÃO ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO.....	78
4.1	Norma Jurídica, Fato Jurídico e Relação Jurídica.....	78
4.2	Distinção Tradicional entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego.....	82
4.3	As relações de consumo.....	87
4.3.1	Consumidor.....	88
4.3.2	Fornecedor.....	94
4.4	Da necessidade de distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Consumo – Proteção àquele que necessita.....	97
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
	REFERÊNCIAS.....	111

INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional que se instalou em 1988 trouxe consigo diversos avanços, inconcebíveis no período de ditadura que se superava naquele momento. A declaração ampla e profunda de direitos e garantias fundamentais, direcionadas às mais diversas áreas, foi amplamente comemorada como um passo importante no caminho de uma sociedade tão injusta como a brasileira. Contudo, promulgada a Constituição, iniciou-se um constante rever, revisar e, através normalmente do instituto das Emendas Constitucionais, passou-se a alterá-la em diversos pontos.

Já em 1992, iniciou a tramitação de uma proposta de emenda constitucional com a finalidade de reformar o judiciário brasileiro, com a intenção de torná-lo mais célere e menos ineficiente. Em 31 de dezembro de 2004, tal reforma foi publicada, com alterações em diversos pontos, trazendo, com ela, a alteração da competência da Justiça do Trabalho em diversos aspectos. Para este estudo, o que vai ser abordado a modificação da sua competência que dizia respeito aos litígios envolvendo “trabalhadores e empregadores”, para, agora, estar relacionada às “ações oriundas das relações de trabalho”. Enfocando, especificamente, os conflitos decorrentes da possibilidade de estarmos diante de vinculações envolvendo relações de consumo, sendo julgadas pela Justiça do Trabalho.

A interpretação que seu dava ao Código de Defesa do Consumidor, desde à sua promulgação, definia que as prestações de serviços poderiam ser também relações de consumo, sendo excluídas apenas as de “caráter trabalhista”. Esta expressão era interpretada em sentido estrito, relacionando-se exclusivamente às relações de emprego. Com a alteração, percebeu a existência de relações jurídica caracterizadas como prestação de serviço que se adequavam ao conceito de relação de trabalho e, ao mesmo tempo, ao de relação de consumo.

A Justiça do Trabalho foi criada com fundamento na desigualdade material entre empregador e empregado. Seria necessário um tratamento legislativo específico e um tratamento processual também específico para se garantir que os direitos do empregado não fossem violados. Ao vislumbrar a possibilidade de levar-se a julgamento, na Justiça do Trabalho, relações de consumo, estaríamos diante de um paradoxo: dois sujeitos eleitos constitucionalmente como vulneráveis,

merecedores de proteção, estariam sendo tutelados pela Justiça do Trabalho. A questão de quem seria protegido com esta alteração mostrou-se evidente.

Desta forma, através de uma análise das alterações, doutrinária e jurisprudencial, buscou-se encontrar se há, de fato, conflito e se seria necessário buscar elementos que distinguíssem a relação de trabalho da relação de consumo. Ou, ao contrário, se as relações de trabalho que não fossem relações de emprego poderiam, ao mesmo tempo, serem regidas pelas normas consumeristas, levando, portanto, a julgamento na Justiça do Trabalho relações de consumo.

Para tanto, inicialmente, buscou-se no capítulo I delinear os aspectos mais gerais da discussão. Como se deu a tramitação da Emenda Constitucional Nº 45, quais os principais posicionamentos hoje sobre a reforma do judiciário na seara trabalhista, bem como qual a finalidade de se reformar o judiciário em tantos aspectos. Além disto, necessário se fez buscar qual seria a finalidade particular da reforma do art. 114 da Constituição.

No capítulo II, buscou-se trazer à tona o contexto jurídico-político da proteção ao trabalho humano e ao consumidor. Assim, a partir da relação entre o papel do Estado e os direitos fundamentais, seria possível verificar a natureza de tais normas, para iniciar um delineamento da relação entre elas.

Após tais definições gerais a respeito da proteção do trabalho e do consumidor, enquanto normas de direitos fundamentais, relacionou-se a situação atual do trabalho na sociedade contemporânea, quais as angústias e desafios encontrados hoje, bem como se trouxe à tona a base jurídica da discussão, relacionada à natureza das normas constitucionais legadas para nós e, ainda, da relação das normas com os sujeitos protegidos. Neste momento, destaca-se a natureza substancialista da constituição, determinando certos pontos de partida insuperáveis nesta ordem constitucional, bem como a forma de atuação das normas jurídicas nas relações privadas.

E, finalmente, no capítulo IV, analisam-se as relações de trabalho e as relações de consumo, levando-se em consideração as normas jurídicas postas, bem como os pressupostos delineados até então, para se encontrar uma resposta direcionada à afirmação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem, sempre com respeito ao princípio da isonomia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E A ALTERAÇÃO NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.1 A Reforma do Judiciário e a Emenda Constitucional n. 45/2004

No dia 31 de dezembro de 2004, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro diversas normas jurídicas de hierarquia constitucional, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, que recebeu a alcunha de *Reforma do Judiciário*. Em um país de Constituição relativamente nova, apenas 4 (quatro) anos após sua promulgação, já iniciava a tramitação no Congresso Nacional de projeto de emenda tendente a alterar a estrutura do judiciário.

Durante a tramitação dessa proposta de emenda constitucional, conviveu-se com a sombra da possibilidade de extinção da Justiça do Trabalho, que chegou a ser objeto de apreciação, conforme se denota, inclusive, de manifestação para o *Jornal do Brasil*, *in verbis*

Ao condenar o fim da Justiça do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que constam da proposta de reforma do Judiciário, o presidente do TST, ministro Wagner Pimenta, afirmou ontem que a incorporação do seu tribunal pelo Superior Tribunal da Justiça (STJ) criará "um caos na Justiça". O motivo, segundo o ministro, é que o STJ não teria condições de absorver as mais de 130 mil ações que ingressam por ano no tribunal que preside, pois a população continuaria a impetrar ações trabalhistas¹.

O fato é que a Justiça do Trabalho não foi extinta e, muito pelo contrário, teve a redação do artigo que lhe confere competência alterada substancialmente, para fazer constar

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II. as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III. as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV. os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹Notícia de 05/06/1999, veiculada em Sinopses – Resumos dos Jornais, disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/antiores/1999/sinopses_0506.htm>. Acesso em: 2 fev. 2008.

- V. os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI. as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VII. as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VIII. a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- IX. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Na primitiva redação, constavam apenas os litígios decorrentes das relações entre trabalhadores e empregadores, os que decorriam da execução de suas próprias sentenças e outros que, na forma da lei, decorriam de relações de trabalho. A alteração foi substancial para, em parte, consolidar determinadas posições jurisprudenciais, como no caso da indenização por danos morais, e em outros, importou em verdadeira inovação.

Perceba-se que a alteração da competência da Justiça do Trabalho integra o quadro geral da reforma do Poder Judiciário. Conforme informa-nos Vanessa dos Reis Pereira², a Emenda Constitucional Nº 45, de 31 de dezembro de 2004, teve seu início de tramitação a partir do Projeto de Emenda Constitucional Nº 96 proposto em 1992, pelo deputado Hélio Bicudo (PT/SP). A justificativa de tal proposta envolvia a “necessidade de modernização do aparelho judiciário” em face do seu custo, a demora no trâmite dos processos e a necessidade de aproximar o jurisdicionado de uma efetiva prestação jurisdicional.

Pode-se afirmar a existência de uma crise de efetividade em tal poder. E, em certa medida, tal crise, que envolve a necessidade de uma ampla reforma, está inserida na crise do próprio Estado, ou de um modelo de Estado. Calmo de Passos já observou que falar em crise no judiciário necessita é algo que pode ser abordado sob diversos ângulos. Em suas palavras

É possível inseri-la na crise mais ampla do próprio modelo de Estado que ele se insere. Pode, outrossim, configurar-se como uma crise que lhe seja específica, localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito ou na institucionalização dos agentes políticos por ele responsáveis, como pode simplesmente ser um problema menor,

²PEREIRA, Vanessa Reis. O novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988: na marcha ou na contra-marcha da flexibilização. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho**: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2005. p. 17-23.

relacionado com os procedimentos adotados naquele processo constitucional referido.³

Conforme este autor, há a possibilidade de se tratar tal problema sob diversas perspectivas. Em nosso país, de diversas contradições, é sintomático que tendo sido aprovada uma nova Constituição Federal em 1988, fruto de ampla discussão com diversos setores da sociedade, já em 1992 se dê início à tramitação de um projeto de emenda constitucional versando, justamente, sobre a reforma do judiciário. Nem o desenho geral do Poder Judiciário, nem os procedimentos em si foram alterados com o texto constitucional.

Algumas portas abriram-se como a previsão dos Juizados Especiais (art. 98, I), denotando uma nítida preocupação com a celeridade processual e uma maior aproximação com o jurisdicionado, que veio a ser consolidado com a edição da Lei Federal 9.099/95. Contudo, pode-se afirmar que o andamento geral dos processos não sofreram grande modificação, permanecendo em vigor as normas processuais infraconstitucionais do Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho.

A necessidade de um judiciário mais ágil e mais próximo ao cidadão, portanto, floresceram durante toda a década de 1990. No que diz respeito ao Código de Processo Civil, podemos vislumbrar, pelo menos, três movimentos sistematizados de reformadores que tiveram seus momentos culminantes em meados 1994, 2001 e, por último, 2005. Sem perder de vista outras leis que se fizeram presentes entre estes momentos, mas de forma sistematizada, estes três momentos são marcantes.

As alterações foram variadas, desde a inserção de novos procedimentos tais como o procedimento monitorio e a antecipação dos efeitos da tutela, até questões pontuais como a possibilidade de interposição de petições por fax e a prioridade para idosos no trâmite processual. No último movimento reformador, podemos destacar uma total alteração no tradicional conceito de sentença e, ainda, na execução por títulos judiciais e extrajudiciais.

No que diz respeito à consolidação das leis do trabalho, a extinção dos juízes classistas, a criação das comissões de conciliação prévias e o procedimento sumaríssimo foram as alterações processuais mais destacadas.

³PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise no poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./abr./maio, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2008.

Observe-se que tais reformas legislativas buscaram solucionar o problema da falta de celeridade e efetividade do poder judiciário através da alteração dos procedimentos, por vezes criando formas alternativas para a solução do conflito (conciliação, mediação e arbitragem, por exemplo) e, noutros momentos, simplificando procedimentos, atos processuais, limitando recursos ou concedendo poderes aos magistrados.

Por sua vez, o projeto de emenda constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº 45 foi bem mais abrangente. Não cuidou apenas de procedimentos, mas buscou alterações mais profundas no próprio Poder Judiciário, na estrutura dos seus órgãos, visando à tão desejada celeridade e efetividade.

Sintomático ter como umas das alterações a inserção de um inciso a mais no art. 5º da Constituição Federal, explicitando como direito fundamental o direito a uma duração razoável do processo. E, a partir daí, diversas mudanças foram efetuadas, inclusive, na competência da Justiça do Trabalho, que é objeto deste estudo.

Relata Márcio Tomaz Bastos⁴ que da forma como proposta, a PEC 96/92 previa o fim da Justiça Federal de primeiro Grau, da Justiça Militar da União e dos Estados, bem como o fim dos juízes classistas na primeira instância da Justiça do Trabalho, entre outras mudanças. A esta PEC foi apensada outra, de número 112/95, propondo um controle externo do judiciário, sendo autor o deputado José Genuíno (PT/SP). Tantas foram as alterações no projeto original que, em certo momento, o deputado Hélio Bicudo desautorizou a menção de seu nome como autor do projeto de emenda. Por fim, foi vencedor o substitutivo da deputada Zulaiê Cobra. Neste especial, o projeto de emenda constitucional em nada tratava, inicialmente, sobre a competência da Justiça do Trabalho. Em determinado momento, tendo como relator Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) chegou-se a propor a incorporação da Justiça do Trabalho à Justiça Federal. Ao final, prevaleceu a redação já transcrita acima.

Nesse especial, destaca Vanessa Reis Pereira a respeito do parecer apensado ao projeto de emenda em questão:

O parecer ressaltava que a expressão “relações de trabalho” é mais abrangente, pois, além das relações de emprego, inclui as relações de

⁴BASTOS, Márcio Tomaz. Reforma do Poder Judiciário. **Revista CJE**, Brasília, DF, n. 21, p. 87-91, abr./jun. 2003. Disponível em:<www.cjf.jus.br/revista/numero21/artigo14.pdf>. Acesso em:10 maio 2008.

trabalho remuneradas, com variados graus de subordinação e informalidade. Atribui-se a necessidade de maior abrangência da competência da Justiça do Trabalho às mudanças no processo produtivo.⁵

Conforme se observa, a colocação da expressão “relações de trabalho” não foi casual. Foi determinada no sentido de ampliar a competência da Justiça do Trabalho para abranger, também, além das outras competências estabelecidas no novo Art. 114 da Constituição, as ações oriundas das relações de trabalho.

1.2 O sentido da reforma do Judiciário

Antes de avançar no problema proposto, é essencial compreender o sentido de uma reforma do Judiciário. Mauro Capelletti e Bryant Garth⁶ identificaram três fases de elaboração denominadas “ondas de acesso à justiça”. Neste sentido, as reformas do Poder Judiciário têm como finalidade proporcionar um maior acesso à tutela jurisdicional, tendo em vista os diversos obstáculos que se apresentam.

A primeira onda envolve a busca de soluções para aqueles que estão excluídos do Poder Judiciário pela impossibilidade de custear o processo, seja quanto às custas judiciais em si ou quanto à contratação de advogados que possam informar sobre os direitos violados e, ainda, de patrocinar a causa. Tal momento tem como solução a assistência judiciária, variando apenas aqui quanto ao modelo adotado, catalogando os autores o modelo “*judicare*”, o “advogado remunerado pelos cofres públicos” ou a possibilidade de tais modelos virem combinados, como esclarecem os autores.

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa.⁷

⁵ PEREIRA, Vanessa Reis. O novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988: na marcha ou na contra-marcha da flexibilização. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 19.

⁶ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. *passim*.

⁷ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 33.

No Brasil, temos a Lei 1060/50 que trata da assistência judicial aos economicamente necessitados, além da figura do defensor público, inclusive prevista constitucionalmente.

A segunda onda envolve soluções para obstáculos não superados pela primeira onda. Envolve a proteção aos interesses difusos e coletivos que, das duas uma: ou alguém individualmente não é legitimado para buscar a tutela de tal direito ou então, apesar de ser legitimado, o ganho individual é tão diminuto que não há interesse em buscar a correção na via judicial. Por outro lado, aquele que infringe tais interesses acaba tendo causando um dano à coletividade e auferindo ganhos consideráveis. Sobre tal onda, esclarecem os autores:

A criação norte-americana das *classaction*, abordada a seguir, permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.⁸

No Brasil, também temos mecanismos que correspondem a esta onda de acesso à justiça representados pela Ação Civil Pública (Lei 7.357/85), pela Ação Popular (Lei 4.717/65) – ambas com previsão Constitucional, frise-se – e pela previsão expressa da tutela de tais interesses no Código de Defesa do Consumidor.

A terceira onda seria mais profunda e abrangente. As soluções aos entraves econômicos e na tutela de interesses difusos e coletivos não atingem, de forma contundente, a satisfação do jurisdicionado em geral, tampouco garantem uma tutela jurisdicional satisfatória e no tempo adequado. Neste campo, as reformas podem se dar das mais variadas formas. Alterações nos procedimentos em si e a criação de juizados especiais são as formas mais visíveis de tais mudanças, mas também faz parte desta visão a possibilidade de conciliação e arbitragem, entre outras possibilidades⁹.

Também há no Brasil, neste especial, várias situações que representam este enfoque no acesso à justiça. Desde a previsão dos juizados especiais no texto constitucional, até toda a gama de reformas empreendidas a partir da década de

⁸ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 51.

⁹ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 67-73.

1990. A própria Emenda Constitucional nº 45 buscou diversas maneiras de resolver a morosidade, tenham tido mais ou menos sucesso. Por exemplo: decidiu-se que não haveria mais férias forenses e, ao mesmo tempo, criou-se um órgão com poder de fiscalização sobre todo o Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça. Perceba-se que a preocupação em buscar soluções foi tanto em algo relativamente pontual, como em algo tão abrangente. Mas toda ela foi teleologicamente voltada à celeridade, eficiência e efetividade das decisões.

Diante de tais considerações, qual seria o sentido da reforma do Judiciário no que tange à mudança da competência da Justiça do Trabalho no sentido de ampliação para as relações de trabalho, e não só as relações de emprego?

Inicialmente, procuramos deixar claro que a reforma do Judiciário como um todo tem o sentido do acesso à justiça. A busca por meios que tornem o Judiciário mais célere, eficiente e efetivo. Podemos, ao menos provisoriamente, correlacionar uma vantagem de tal Reforma, trazida pelos referidos autores. Em uma relação de trabalho, que não constitua relação de emprego, mas que possua em um dos pólos uma organização que tem uma estrutura organizacional preparada para litigar habitualmente ingressa na relação processual com diversas vantagens, a saber:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem a oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.¹⁰

O trabalhador, por sua vez, apenas busca a justiça quando necessita solucionar um problema específico, em sendo assim, não possui tais características. Na Justiça do Trabalho, com os diversos mecanismos que já foram criados para dar maior equilíbrio processual entre empregados e empregadores, seriam ampliados para aqueles que, em que pese não serem empregados, estariam em situação jurídica semelhante, merecendo, portanto, tratamento equivalente.

Na Justiça do Trabalho, os trabalhadores encontrariam um aparato judicial mais preparado para sua especificidade encontrando ambiente que iguale mais as armas para as partes em litígio. Desenvolveremos, adiante, o porquê da existência

¹⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 25.

de sujeitos que, não qualificados como empregados, estariam em situação fática análoga, merecedora de um mesmo tratamento processual.

1.3 O estado da arte – as diversas posições existentes acerca do alcance da expressão “relações de trabalho” contida no Art. 114, I da Constituição Federal

A Emenda Constitucional nº 45, ao alterar a redação do art. 114 da Constituição Federal, trouxe uma inovação: a existência de pontos de tangência e inevitável conflito com o conceito de relação de consumo. Diversas posições surgiram a respeito do assunto podendo sistematizar quatro principais linhas de pensamento sobre a abrangência de tal modificação.

Em um dos extremos da discussão, mesmo que com pouquíssimas vozes sobre tal assunto, há quem vislumbre a modificação na competência da Justiça do Trabalho de forma muito ampliativa, por que não dizer, extremamente ampliativa. Nesse extremo, encontramos o seguinte posicionamento:

Importante frisar que por relação de trabalho, como menciona a emenda constitucional em tela, devemos entender não só as relações de trabalho individualmente desenvolvidas, ainda que de forma autônoma e em caráter pessoal, mas também, porque (sic) não, aquelas desenvolvidas por empresas. Assim, poderemos ver, em caráter inédito, a Justiça do Trabalho dirimindo conflitos não mais, de modo exclusivo, entre empregado e empregador, mas também entre empresas.¹¹

Na visão de tal autor, basta ter como objeto, de alguma forma, trabalho, que será competência da Justiça do Trabalho julgar. Assim, nesta perspectiva encontram-se os conflitos entre empregados e empregadores, prestadores de serviços pessoa física, sejam ou não considerada a uma relação de consumo e, ainda, relações jurídicas entre empresas que tenham como objeto a prestação de serviços.

Seguindo esse raciocínio, uma empresa prestadora de serviços de conservação e limpeza, sobre os serviços prestados e a remuneração devida, entre outros assuntos decorrentes, deveria desde a publicação da Emenda 45 buscar a Justiça do Trabalho para solucionar suas controvérsias.

¹¹ DANTAS, Raimundo. A reforma do Poder Judiciário e a nova justiça do trabalho. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 621.

De forma razoavelmente expressiva, encontramos autores que interpretam de maneira também ampliativa, embora não tão extremada, a alteração da competência da Justiça do Trabalho. Nesses, percebe-se como sendo essencial a presença do elemento pessoa física como prestador do serviço, mas irrelevante seria a natureza das normas aplicáveis ao caso, se civis, trabalhistas ou do Código de Defesa do Consumidor, cabendo à Justiça do Trabalho julgar, caso a caso, de acordo com a lei aplicável.

Nessa forma de interpretação, a alteração teria refletido exclusivamente no campo processual, alterando-se o órgão competente para julgamento, sendo o direito material aplicável a cada situação concreta, variável a depender da situação. “Relação de trabalho, relação de consumo, prestação de serviço. Certamente uma das questões mais controvertidas, mas não se pode excluir a priori a competência trabalhista apenas porque haveria necessidade de se aplicar o CDC.¹²” Neste sentido,

pode-se perfeitamente concluir que a Justiça Especializada deixa de ser a “Justiça do Trabalho” na adjetivação tradicionalmente que se lhe dava, no sentido de corresponder à justiça que envolve labor de natureza subordinada, para significar, desta feita, a “justiça dos trabalhos”, isto é, das variadas formas de trabalho independentemente do direito material aplicável.¹³

Diversas relações jurídicas de natureza diferente, agora, independentemente da norma jurídica aplicável ao caso, se de trabalho, de consumo ou civil, passariam a ser julgados pela Justiça do Trabalho, de forma que:

Os trabalhadores autônomos, de um modo geral, bem como os respectivos tomadores de serviço, terão as suas controvérsias conciliadas e julgadas pela Justiça do Trabalho. Corretores, representantes comerciais, representantes de laboratórios, mestres-de-obra, médicos, publicitários, estagiários, contratados pelo poder público por tempo certo ou por tarefa, consultores, contadores, economista, arquitetos, engenheiros, dentro tantos outros profissionais liberais, ainda que não-empregados, assim como as pessoas que locarem a respectiva mão-de-obra (contratantes), quando do descumprimento do contrato firmado para a prestação de serviços, podem

¹² CARA, Alípio Roberto Figueiredo. A reforma do poder judiciário e a competência da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 23.

¹³ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Relação de trabalho: enfim, o paradoxo superado. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 59.

procurar a Justiça do Trabalho para solucionar os conflitos que tenham origem em tal ajuste, escrito ou verbal.¹⁴

O requisito único para o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho como órgão julgador seria a apresentação de “uma relação de trabalho em sentido amplo”¹⁵, não sendo discutível “regime jurídico sob o qual é constituída a relação contratual”¹⁶ nesse momento. Caberia ao julgador trabalhista aplicar, normalmente o Código Civil, ou Código de Defesa do Consumidor, como também qualquer outra norma que tivesse como objeto a relação de trabalho. Mesmo que no caso concreto houvesse uma verdadeira inversão do sujeito protegido. “Portanto, passará o ex-empregado a fornecedor de serviços e o ex-empregador a consumidor, alterando-se os papéis e a proteção constitucional e infra-constitucional [sic]”.¹⁷

Tal alteração seria uma exigência dos novos tempos, visto que o desenvolvimento tecnológico do mercado trouxe novas formas de trabalho, sendo uma carência premente esta evolução para que haja uma busca da “prestação jurisdicional para os que efetivamente dela necessitarem.”¹⁸

Em uma terceira linha, de forma mais restritiva, mas entendendo ainda certa ampliação na competência da Justiça Laboral, observam-se alguns autores que delinham requisitos no sentido de restringir a ampliação da competência da Justiça do Trabalho apenas para os contratos que envolvem a prestação de serviço por ser pessoa física, desde que não constituam relação de consumo. Nesse campo, encontram-se algumas divergências: há quem acata como essencial a personalidade, outros não; há aqueles que consideram relevante a remuneração, e os que concebem possível reconhecer como relação de trabalho aquele que é gratuito, ou voluntário.

Nesse sentido

¹⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O mundo que atrai a competência da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 133-134.

¹⁵ DALAZEN, João Orestes. A reforma do judiciário e os novos marcos da competência material da justiça do trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 156-157.

¹⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. **Relação de trabalho na Constituição**: fundamentos para uma interpretação razoável da nova competência da justiça do trabalho à luz da EC n. 45/04. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 52.

¹⁷ EFING, Antônio Carlos. **Prestação de serviços**: uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

¹⁸ AGRA, Walber Moura. Competência da justiça do trabalho. In:_____. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 265.

Cumpra, entretanto, distingui-las, pois a competência da Justiça do Trabalho se estende às relações de trabalho, mas não às de consumo, mesmo porque estas são ideologicamente, incompatíveis com o processo trabalhista. Nesse, o protegido é o trabalhador, prestador dos serviços, diversamente, o Código de Defesa do Consumidor favorece o beneficiário dos serviços prestados.¹⁹

Para o Wagner D. Giglio, a pessoalidade é essencial à caracterização da relação de trabalho. Se o trabalhador puder ser substituído, estaremos diante de uma relação de consumo. O fato do serviço ser oferecido ao público em geral também distinguiria relação de consumo da relação de trabalho. “Esta pressupõe, como regra, uma determinada continuidade entre prestador e beneficiário dos serviços, incondizente com a oferta ao público de serviços”.²⁰ No mesmo sentido, Reginaldo Melhado aduz que “Não se confunde relação de trabalho e relação de consumo.”²¹

Tal alteração não poderia incluir as relações de consumo, em função da “incompatibilidade de aplicação dos princípios de proteção tanto do trabalhador, quanto do consumidor”.²² Assim sendo, a Justiça do Trabalho, um instrumento no sentido de proteger o trabalhador, oferecendo uma prestação jurisdicional especializada, entraria em choque com o escopo da proteção oferecida ao consumidor.

Bastante crítica é a posição de José Luiz Souto Maior que, num primeiro momento, desacreditando no prevalecimento de uma posição não ampliativa, manifestou-se assim:

Em segundo lugar, não prevalecendo a negativa da ampliação da competência, há de se reconhecer, pelo menos, que a competência da Justiça do Trabalho limita-se, natural e logicamente, às relações de trabalho que sejam próximas de uma relação de emprego, nas quais se possa

¹⁹ GIGLIO, Wagner D. Considerações sobre a competência *Ex Ratione Materiae* da justiça do trabalho decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, v. 5, p. 87, mar.-abr. 2005.

²⁰ GIGLIO, Wagner D. Considerações sobre a competência *Ex Ratione Materiae* da justiça do trabalho decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre, v. 5, p. 87, mar.-abr. 2005.

²¹ MELHADO, Reginaldo. Da dicotomia ao conceito aberto: as novas competências da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 324-326.

²² ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. O confronto da relação de trabalho prevista no art. 114, I, da Constituição da República de 1988 e a relação de consumo. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 154.

vislumbrar uma espécie de exploração do trabalho alheio para a consecução de objetivos determinados [...].²³

Em outro artigo, de forma irônica, já delineando sua discordância e sua descrença com qualquer ampliação na competência da Justiça do Trabalho como qualquer elemento a beneficiar os trabalhadores, aduziu o seguinte:

É claro que eu não poderia ficar de fora dessa, pois a partir de agora passa ser justo antever um grande motivador movimento de redenção da Justiça do Trabalho, com a difusão do compromisso que se está assumindo com a [sic] cumprimento da missão mencionada.²⁴

Nesse artigo de peculiar ironia, lista 25 pontos de discordância entre posições doutrinárias, jurisprudenciais e/ou legais existentes que são visivelmente prejudiciais ao trabalhador, mas dominantes. Expõe que, ao defender uma posição restritiva na ampliação da competência da justiça do trabalho, estaria sendo taxado de retrógrado. Nesse sentido, posiciona-se ironicamente a favor da ampliação e, ainda, na defesa por parte da doutrina dita “avançada” pela mudança de posicionamento nos referidos itens.

E por fim, capitaneando aqueles que se posicionam de forma não-ampliativa, expõe o seguinte

Assim, o sentido da expressão “relação de trabalho”, trazido no inciso I, do art. 144, da Constituição Federal, conforme redação que lhe fora dada pela Emenda Constitucional n. 45, na perspectiva da razão de ser da preservação de uma Justiça especializada, até para que, como aduzido no início desse estudo, sem mais nem menos, não nos vejamos pelados na Praça da Sé, em São Paulo, sem que saibamos sequer como fomos parar lá e por qual motivo nos sujeitamos a tamanha exposição, deve ser entendido como relação de emprego.²⁵

Segundo essa linha de raciocínio, a ausência de “elementos seguros”²⁶ capazes de definir a distinção entre as relações que seriam julgadas ou não pela Justiça do Trabalho, bem como a idéia de que não seria possível transformar-se a Justiça do Trabalho em Justiça Comum, dada a multiplicidade de situações que em tese poderiam configurar relação de trabalho, levaria a esta conclusão. De igual

²³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador? In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.)..**Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 187.

²⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, p. 21, jan.-fev. 2006.

²⁵ SOUTO MAIOR. José Luiz. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 104.

²⁶ SOUTO MAIOR. José Luiz. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 105.

forma, podemos encontrar tal posição inclusive dentro de autores do campo constitucional, como Dirley da Cunha Júnior, *in verbis*

Por outro lado, não se pode compreender que a expressão ‘relação de trabalho’, utilizada pela Emenda 45 em substituição a ‘dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores’ da redação original, alcance toda e qualquer atividade de prestação de serviço sujeita ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, sob pena de transformar a Justiça do Trabalho, essencialmente especializada, em uma Justiça Comum. A relação de trabalho referida pelo inciso I acrescentado pela Emenda ao art. 114 da Constituição é apenas aquela regulada pelo Direito do Trabalho. Assim, o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal atribui competência à Justiça do Trabalho para resolver litígios decorrentes de relações de trabalho que envolvam exclusivamente trabalhadores (compreendendo também os servidores públicos celetistas) e empregadores (compreendendo também as entidades de direito público) sujeitos à CLT e legislação trabalhista correlata.²⁷

Tal interpretação seria mais condizente, segundo seus defensores, com o Estado Democrático de Direito e com a equidade²⁸ sendo qualquer interpretação noutro sentido totalmente incoerente com o “caráter protetivo da justiça do trabalho”.

29

Observa-se, portanto, a multiplicidade de opiniões, com diversos fundamentos e soluções. A tão só existência de tais divergências já justificaria por si mesma, a busca por um critério razoável de interpretação do novo texto do art. 114, I da Constituição Federal. Frise-se, ainda, que é possível, aqui e ali, ainda encontrar uma ou outra opinião isolada trazendo, à baila, algum outro elemento para solucionar tal questão.

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 970.

²⁸ BOSON, Mirna Savoi Silveira. A teoria da interpretação jurídica e a expressão “relação de trabalho” contida no novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.p. 87.

²⁹ PEREIRA, Vanessa Reis. O novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988: na marcha ou na contra-marcha da flexibilização. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 26.

1.4 O Objeto do novo art. 114, I da Constituição Federal

Uma análise preliminar do novo art. 114, I da Constituição Federal nos faz perceber que o que se pretende atingir, de forma mais intensa dando um tratamento diferenciado, é a proteção ao trabalho humano. Senão, vejamos.

O revogado Art. 114 da Constituição dispunha

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **trabalhadores e empregadores**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, **e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho**, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas [grifos nossos].

Dispõe, agora, o art. 114, I

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Uma leitura preliminar do texto constitucional, portanto, nos leva à conclusão do tratamento mais abrangente à proteção ao trabalho, posto que, na primitiva redação o enfoque era nas relações entre trabalhadores e empregadores, permitindo ao legislador, naquelas situações que fossem valoradas de forma diferenciada, e expressamente previstas em lei, a extensão da proteção. Agora, a nova redação do texto constitucional dá primazia às relações de trabalho, estendendo a todas as controvérsias oriundas da competência da Justiça do Trabalho.

Mas, antes de avançarmos, é preciso esclarecer qual o significado de proteger o trabalho humano. E, neste ponto, a tradição marxista nos traz uma visão completa e profunda sobre o significado do trabalho e sua função no devir humano. Desta forma, analisemos brevemente a ideia de ser social (enquanto complexo de relações travadas pelos homens) e sua construção a partir do momento fundamental do trabalho.

Uma análise ontológica do ser social visando à explanação da sua construção a partir do trabalho exige a prévia explicação sobre a posição ocupada pelo ser social diante do mundo físico. Para isto, é importante que observemos a distinção

entre três esferas ontológicas distintas, momentos de uma processualidade que, apesar de uma esfera posterior ser ontologicamente distinta da anterior, mantém com esta uma relação de dependência.

A primeira esfera seria a do reino mineral, o ser inorgânico. Esta esfera possui como traço marcante o transformar-se em outro, como resume Sérgio Lessa: “A pedra se converte em terra, a montanha em vale, a força mecânica em calor, etc.”³⁰. Em um determinado momento racionalmente identificável ocorre uma ruptura nesta processualidade de tal forma que outro ser, essencialmente distinto desse, surge. Esse momento é denominado *saltoontológico*.

O novo ser é o orgânico, sendo esse compreendido como componente da esfera dos seres biológicos. O traço distintivo é a condição de sempre reproduzir o mesmo comportamento. Como, por exemplo, nos coelhos. Eles através da reprodução darão vida a novos coelhos, que por sua vez crescerão e, como seus genitores, farão o mesmo. E assim sucessivamente... Isso ocorrerá com todos os seres desta esfera.

Novamente, em um dado momento, ocorre uma ruptura de caráter essencial nesta esfera e outro salto ontológico ocorre. Surgindo, com ele, o ser social. Esse novo ser possui como elemento distintivo a capacidade de criar o novo. Diante de situações da vida, o ser humano reage de forma a construir, através da mediação da consciência, algo que anteriormente não havia no mundo. Um bom exemplo disso pode ser descrito com a necessidade de pescar de homem. Entre os instrumentos criados para cumprir tal função, podemos citar a rede, o anzol, o arpão. Esses instrumentos nunca existiram antes e, a partir de uma necessidade humana, eles foram criados.

A distinção entre as três esferas é visível. Um ser inorgânico nunca terá a capacidade de se reproduzir como um ser biológico. E um ser biológico, diante de uma necessidade, não criará algo novo. Um coelho para fugir de um predador terá como reação correr, esconder-se. O homem, apesar de num primeiro momento podendo ter esta reação, diante da situação concreta, criará algum meio de superá-la. Sérgio Lessa, sobre estas três esferas, afirma

Para Lukács, portanto, existem três esferas ontológicas distintas: a inorgânica, cuja essência é o incessante tornar-se outro mineral; a esfera biológica, cuja essência é o repor o mesmo da reprodução da vida; e o ser

³⁰ LESSA, Sérgio. **A ontologia de Lukács**. Maceió: Edufal, 1997. p. 14.

social, que se particulariza pela incessante produção do novo, através da transformação do mundo que o cerca conscientemente orientada, teleologicamente posta.³¹

Essas distinções são ontológicas, o que significa dizer que são distinções nas suas formas concretas de ser. Contudo, cada ser guarda em si uma relação de dependência com o ser anterior de modo a ser impensável a existência de um sem o outro. Esta dependência marca uma continuidade evolutiva das três esferas, como diz Georg Lukács: “[...] um ser social só pode surgir e se desenvolver sobre a base de um ser orgânico e que esse último pode fazer o mesmo apenas sobre a base do ser inorgânico”³²

Como já afirmamos, o ser social possui como distinção ontológica das outras esferas ontológicas a capacidade de produzir o novo. O ser humano, diante de uma situação determinada, cria algo que não existia anteriormente através da mediação da consciência. Sua ação, portanto, é idealizada na sua consciência. Após a idealização, o homem, dentro das possibilidades que o mundo real o determina, materializará aquilo que só existia em sua mente. Esse novo objeto terá, a partir desse momento, uma história distinta do ser que o criou. É importante salientar que a consciência possui papel fundamental nesse processo, como afirma o próprio Lukács

O momento essencialmente separatório é constituído não pela fabricação de produtos, mas pelo papel da consciência, a qual, precisamente aqui, deixa de ser mero epifenômeno da reprodução biológica: o produto, diz Marx, é um resultado que no início do processo existia ‘já na representação do trabalhador’, isto é, de modo ideal.³³

Como são atividades humanas que produzem todos os recursos da vida em sociedade, o trabalho é o cerne de toda vida social. O homem previamente pensa, organiza no plano das ideias o que pretende realizar para, em seguida, de acordo com as circunstâncias socialmente postas, adaptar ao mundo concreto o plano antes idealizado. Assim, o homem constrói o seu próprio mundo, e, vivendo em sociedade, é o conjunto dos homens nas relações que estabelecem em sociedade que cria o meio social.

³¹ LESSA, Sérgio. **A ontologia de Lukács**. Maceió: Edufal, 1997. p. 16.

³² LUKÁCS, Georgy. As bases ontológicas do pensamento e da atividade do homem. **Revista de Ciências Humanas**, São Paulo, n. 4, p. 3, 1978.

³³ LUKÁCS, Georgy. As bases ontológicas do pensamento e da atividade do homem. **Revista de Ciências Humanas**, São Paulo, n. 4, p. 4, 1978.

A partir desse meio estarão postas as condições da vida sobre as quais outros homens adaptarão o ambiente às suas necessidades. Desta forma, serão atividades teleologicamente orientadas em condições não escolhidas pelos homens, mas socialmente postas que construirão o homem e tudo o que dele decorre. Assim, não apenas o homem, mais tudo o que do ambiente humano surge é denominado ser social. A partir do trabalho, o homem se torna homem.

O homem se distingue ontologicamente dos minerais e dos animais através do trabalho. Ao passo que o trabalho se desenvolve, ele torna os homens cada vez menos determinados pelas leis da natureza, a vida passa a ser cada vez mais determinada pelas ações humanas, por ser o trabalho o motor desse processo torna-o fundamento de todo ser social.³⁴

Observamos que esse ato de produzir o novo, o trabalho, é constituído por dois momentos. O primeiro, o subjetivo, o homem constrói idealmente, no plano da consciência, o objeto que ele pretende fabricar. Esse momento não é desligado da realidade. Para construir esse objeto ele precisará ter certo conhecimento dos elementos que precisará para fabricá-lo. Ele o fará para suprir determinada necessidade, ou seja, o homem prevê o que será feito com o objeto. Este momento é chamado de prévia-ideação.

O segundo momento é o da objetivação, ou seja, quando o objeto será materializado. Sairá da prévia-ideação e ganhará existência no mundo. Os seus componentes serão procurados e montados de uma determinada forma. Nesse momento, aquilo que fazia parte do homem como um pensamento, torna-se real e, ao mesmo tempo, passa a ter sua própria existência. A uma distinção ontológica entre o objeto e o homem, ou seja, o homem não é o objeto nem o objeto é o homem. Apenas quando ocorre esta *alienação/objetivação* podemos dizer que houve uma mudança significativa do real. Como afirma Sérgio Lessa: “[...] a relação entre sujeito e o objeto jamais poderá ser, por mais que se potencialize a capacidade humana em conformar o mundo segundo finalidades postas socialmente, uma relação de identidade.”³⁵

Como conclusão a partir desse contexto, apenas existe o ser social e, portanto, o homem se torna homem, quando ocorre uma mudança do real. Esse

³⁴ LUKÁCS, Georgy, As bases ontológicas do pensamento e da atividade do homem. **Revista de Ciências Humanas**, São Paulo, n. 4, p. 6, 1978.

³⁵ LESSA, Sérgio, **A ontologia de Lukács**, Maceió: Edufal, 1997. p. 26.

processo é possível tão somente através do trabalho, logo através da interligação entre a prévia-ideação e a objetivação. Como afirma Sérgio Lessa

Sem objetivação/alienação não há qualquer transformação teleologicamente posta do real; sem alienação/ objetivação não há vida social, portanto, não há sujeito. Ser humano, para Lukács, significa uma crescente capacidade de objetivar/alienar - isto é, transformar o mundo segundo finalidades socialmente postas.³⁶

O trabalho é determinado pelas necessidades com as quais o homem se depara. Estas exigências surgem do processo de convivência humana. Os nexos causais que deram origem àquela necessidade são dados pelas relações que o homem trava dentro da sociedade e, podemos dizer ainda, também com a natureza. Cada ação do homem, por sua vez, trará modificações, ainda que mínimas, da totalidade social. Como afirma Marx

A produção da vida, tanto da própria, no trabalho, como na alheia, na procriação, aparece como dupla relação: de um lado, como relação natural, de outro, como relação social - social no sentido de que se entende por isso a cooperação de vários indivíduos, quaisquer que sejam as condições, modo e finalidade.³⁷

Desta forma, é correto afirmar que o trabalho humano está indissociavelmente permeado por uma relação entre o polo individual e a totalidade social. O ser social determinará, de diversas formas, o que necessitará ser produzido pelo trabalho. E a cada novo produto do trabalho modificará a totalidade de forma que esta exigirá novas necessidades a serem satisfeitas.

A reprodução da totalidade social tem, para Lukács, como momento predominante da sua própria processualidade social, o complexo da economia, procurando sempre fazer com que a sociedade evolua de determinada condição social para outra mais complexa.

O trabalho, enquanto momento de produção no novo pelo homem, em sentido singular, e momento de produção e reprodução da vida humana, num caráter universal, passa a ter importância fundamental para qualquer sociedade. O modo de tratar o trabalho e a forma de proteção (ou não) dele dependerá do momento em que se encontra o Estado organizado e do desenvolvimento das forças produtivas da sociedade.

³⁶ LESSA, Sérgio, **A ontologia de Lukács**, Maceió: Edufal, 1997. p. 27.

³⁷ LESSA, Sérgio. **A Ontologia de Lukács**, Maceió: Edufal, 1997. p. 42.

Ao se falar em trabalho humano e sua proteção, convém ressaltar uma distinção também marxista, entre trabalho e força de trabalho. A força de trabalho seria a energia humana despendida para a produção de determinado produto, enquanto trabalho seria o resultado em si. Desta forma, toda a discussão a respeito da proteção ao trabalho humano, em nossa sociedade de cunho capitalista, fica centrada na força de trabalho e, por conseguinte, no trabalhador. Assim, sempre que estivermos nos referindo ao trabalho humano, estamos nos referindo ao trabalhador enquanto agente que emprega a sua força de trabalho na produção material da vida humana.

Numa sociedade capitalista, em que há uma evidente divisão entre os proprietários dos meios de produção e aqueles que possuem apenas sua força de trabalho como meio de subsistência, surge a necessidade de regramento e intervenção estatal na proteção do trabalhador.

Inicialmente, na forma liberal do Estado moderno, as regras protetivas das forças de trabalho se referiam apenas ao direito de trabalhar. Apenas libertaram o ser humano para que este pudesse, livremente, pôr no mercado sua força de trabalho à disposição das forças produtivas. Lembremos: na sociedade feudal o trabalhador (servo) estava ligado intimamente a terra, não sendo a força de trabalho uma mercadoria à disposição. Com a mudança para uma ordem capitalista, torna-se necessário “libertar” a força de trabalho para que esta fique à disposição do mercado.

Os séculos XIX e XX foram pródigos em exemplos de exploração desenfreada do trabalho humano: jornada de sol a sol, trabalho equivalente ao escravo, exploração do trabalho do menor e da mulher são alguns exemplos desta distorção. No século XX, diante de toda a atividade ocorrida nos movimentos sociais e em resposta às revoluções que surgiram no mundo, torna-se necessária uma mudança de postura do Estado, sob pena do próprio capitalismo se encontrar ameaçado diante de tudo que se instaurou no mundo. Não apenas relativo ao Socialismo dito real, como também à supressão da democracia em diversos países pela impossibilidade de respostas satisfatórias do Estado Liberal.

O Estado Social surge como mediador desses conflitos, ao passo que supre parte das necessidades dos trabalhadores através de políticas públicas, diretas e indiretas, provendo uma melhoria geral das condições sociais. No campo da

normatividade, diversos documentos internacionais surgiram para refletir os anseios básicos e positivá-los, já na ordem internacional, os direitos básicos relativos ao trabalho humano.

O foco inicial da proteção ao trabalho humano foi, portanto, no trabalho subordinado, mas conteúdo de uma relação de emprego. Todavia, diante das diversas mudanças passadas no mundo a partir da década de 1970, produziu-se no mundo uma diversidade de situações que não correspondiam mais ao modelo de proteção positivado. Daí a necessidade de analisar a estreita relação entre o Estado e os direitos fundamentais, enquanto campo próprio de proteção do trabalho humano para, após, verificarmos os conflitos surgidos no ordenamento a partir das mudanças surgidas no mundo e, no nosso caso, promovidas também pela Emenda Constitucional nº 45.

Percebe-se, com o que foi posto, que a reforma do judiciário, de longa duração, tem um sentido de promover o acesso à justiça, buscando proporcionar ao judiciário uma estrutura mais ágil e mais efetiva. No bojo da reforma, a mudança promovida no art. 114 trouxe diversas interpretações controversas, contudo, o sentido claro é o da ampliação à proteção ao trabalho humano. Faz-se mister, agora, buscar os fundamentos e as relações relevantes entre a natureza da proteção e o Estado para se compreender o alcance da mudança.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS DA PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DO CONSUMIDOR

Uma vez posta a reforma do judiciário, cumpre esclarecer qual a natureza dos direitos em conflito. Demonstramos que, no que diz respeito à Justiça do Trabalho, a modificação envolveu a proteção ao trabalho humano. Por sua vez, com tal modificação surgem questionamentos sobre a proteção dada ao consumidor em confronto com tais modificações. Para esclarecer este núcleo fundamental de problemas, faz-se necessário, antes, deixar nítida a natureza dos direitos em conflito e, com isso, qual o papel do Estado na proteção desses direitos.

Pode-se afirmar que ambos são direitos fundamentais do homem, em que pese surgidos a partir de situações e contextos distintos, merecem a mesma dignidade de tratamento, não havendo prevalência entre eles. Sempre que a temática dos direitos fundamentais surge, necessária se faz uma delimitação prévia, para se evitar confusões terminológicas. Por direitos fundamentais (também chamados de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais do Homem ou Direitos do Homem e do Cidadão) podemos entender o conjunto de direitos essenciais atribuídos ao ser humano enquanto tal. Pretende-se, portanto, neste momento, demonstrar a natureza de tais direitos e, com isso, relacionar o papel do Estado na sua proteção.

2.1 O Fundamento dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são compreendidos, em três dimensões, assim denominadas em função da sucessão em que foram assegurados, os chamados direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, respectivamente, relacionados aos direitos e liberdades negativas, de cunho eminentemente individualista, os direitos sociais, caracterizados pelas prestações positivas do Estado, relativos à saúde, educação, moradia, etc., e, ainda, os direitos difusos e coletivos, como é exemplo o Direito do Consumidor e ao meio ambiente equilibrado.

Uma vez explicitada a noção de que existem direitos fundamentais reconhecidos como essenciais ao ser humano, surge o problema seguinte: o que fundamenta esta concepção? Fundamentar aqui deve ser entendido como buscar uma justificativa racional para o reconhecimento de tais direitos. Buscaremos, nesse

momento, trazer à luz as principais fundamentações postas sobre os direitos fundamentais com o intuito de demonstrar aquela que nos parece mais coerente.

A primeira forma de fundamentar os direitos fundamentais do homem é o jusnaturalismo. Por esta teoria, o ser humano é detentor de direitos que independem da ordem jurídica posta, esses são anteriores ao Estado e superiores a eles. Assim, por definição, supra-estatais. Com base nessa perspectiva, é possível se identificar duas formas de se justificar tal concepção: a primeira, a partir de uma explicação fundada numa ordem superior e pré-existente ao homem; a segunda, parte de uma fundamentação racional-valorativa, por meio da qual se afirma a possibilidade de deduzir a existência de direitos naturais e anteriores ao homem a partir de sua essência. Tais concepções, trazidas à tona pelos autores liberais clássicos (tais como Hobbes, Locke e Rousseau), entendiam o homem de forma ideal, pré-existente ao estado de sociedade, sendo a conformação do Estado baseado num contrato que garantiria a existência de direitos (liberdade e igualdade) dentro do Estado, tendo em vista que, em estado de natureza, tais direitos, por diferentes motivos, estavam em permanente ameaça.³⁸

Doutro lado, as formas históricas de fundamentar os direitos humanos, sendo esses direitos concebidos como fruto de determinado estágio da humanidade. Assim, os direitos fundamentais se justificariam porque em determinado estado de evolução da sociedade, esses foram concebidos e considerados relevantes o suficiente para se tornarem fundamentais.³⁹

Tais concepções são mutuamente excludentes. Ou o homem tem uma natureza e direitos inerentes, pré-existentes, ou então tais direitos seriam frutos da evolução da humanidade. Em ambas as concepções, há críticas. Na primeira, a ideia de que são pré-existentes os direitos naturais deixa dúvidas sobre quem poderá revelá-los, sendo a descoberta desses direitos oriunda da conveniência em vez de sua racionalidade. Na segunda, critica-se a mutabilidade deles, sendo demasiadamente relativizada a ideia de que, em determinado momento histórico, qualquer direito pode ser considerado, ou não, fundamental.

A fundamentação ética busca valores imanentes na defesa do ser humano enquanto homem, capazes de permitir o desenvolvimento pleno das potencialidades

³⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuário de Derechos Humanos**, Madrid, n. 1, p. 80-81, 1982.

³⁹ FERNÁNDEZ, Eusebio. El Problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuário de Derechos Humanos**, Madrid n. 1, p. 93-94, 1982.

do ser humano. Seria uma busca racional por valores comuns à humanidade, capazes de satisfazer as necessidades humanas, cumprir os desejos humanos, eliminar o sofrimento e harmonizar as aspirações humanas. Pode-se criticar tal concepção com argumentos semelhantes aos postos tanto para o jusnaturalismo quanto para o historicismo: quem poderá definir o que é ou o que não é fundamental? Não haveria uma modificação de tais valores de acordo com o desenvolvimento da humanidade? Entre outros questionamentos possíveis.

A concepção ponteana de direitos fundamentais traz uma explicação que, ao mesmo tempo, demonstra o porquê da supra-estatalidade dos direitos fundamentais, como também não exclui a possibilidade de evolução e mutação de tais direitos. Pontes de Miranda nos ensina que “Direitos Fundamentais valem *perante* o Estado, e não *pelo acidente da regra constitucional*. São concepções estatais dentro das raias que aos Estados permite o direito das gentes”.⁴⁰ Desta forma, o primeiro traço distintivo da norma jurídica de direito fundamental é que ela é posta pela comunidade internacional contra o próprio Estado nacional, tendo este a função de proteger e traçar limites.

Acrescenta Pontes de Miranda que “às vezes, fazem *fundamental* o que não o é (ou ainda não é) supra-estatal; daí a possibilidade de direitos fundamentais não supra-estatais”. Desta afirmativa, vislumbra-se que a norma de direito fundamental, que em regra é uma imposição, exigência da comunidade internacional, às vezes não o é. Pode vir da própria experiência do Estado nacional. Daí que se percebe que, como conteúdo, o direito fundamental está ligado não só a uma formalidade (ser emanção da comunidade internacional), mas está ligado à luta histórica pela defesa do ser humano. Pontes de Miranda já registrava esta característica

A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, o que se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade, foi o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade e igualdade. Erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde à aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes.⁴¹

⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967. p. 621. t. 4.

⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967. p. 622. t. 4.

Desta forma, são normas de direito fundamental aquelas que possuem como conteúdo a defesa da personalidade, do ser humano em si, ou sua plena extensão, sejam emanadas ou não do direito das gentes. Assim, as normas jurídicas reveladas pelo Estado, sejam elas determinações do direito das gentes ou não, que tenham como conteúdo a plena realização do ser humano, em sua dignidade, é uma norma de direito fundamental.

O suporte fático de tal norma é, por dedução lógica, apenas o existir do ser humano, no mínimo. Se há ser humano, desde logo, ocorrerá a incidência destas normas e, portanto, a produção de todo seu conteúdo eficaz. As normas que protegem a vida, a honra, a integridade físico-psíquica, e as liberdades, por exemplo, têm tal suporte fático. Algumas normas de direito fundamental, por sua vez, terão como suporte fático o existir ser humano acrescido de algo que define a sua especificidade. Por exemplo, os direitos fundamentais das presidiárias, pela sua especificidade, exigem que, acrescida à sua condição de ser humano, o direito à amamentação, logicamente, quando da ocorrência específica do nascimento do filho. Da mesma forma, o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório exige, também, a existência de acusação. Todo ser humano, acusado de algo, tem direito à ampla defesa e ao contraditório.

Também podemos extrair essa conclusão quando Pontes de Miranda trata dos direitos de personalidade

Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: *a)* no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; *b)* no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o **elemento subjetivo é ser humano**, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico ⁴² [grifo nosso].

Desta forma, a partir desta concepção, podemos afirmar que há um determinado conjunto de direitos fundamentais que possuem um conteúdo específico (a defesa e o desenvolvimento do ser humano) como também uma justificativa forma (são postos pela ordem internacional cabendo aos Estados respeitá-los). O segundo fundamento demonstra o caráter jurídico de tais direitos, tendo em vista que o traço marcante da juridicidade é a obrigatoriedade. Não se

⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 30. t. 7.

trata de uma norma meramente moral ou ética, são normas jurídicas que se impõem aos Estados.

Ao mesmo tempo, não se exclui dos Estados a autonomia de ampliar o leque de proteção ao ser humano, servindo a tábua de direitos postos como condição mínima, a partir da qual os Estados passarão a desenvolver os conteúdos específicos de outras formas de proteção.

Demonstra-se, com isso, a existência dos direitos fundamentais enquanto regras jurídicas postas e, ainda, o seu fundamento de validade. Agora, passemos a analisar, especificamente, as normas de direitos fundamentais relativas à proteção do trabalho humano.

2.2 As Normas Internacionais e Normas Constitucionais de Proteção do Trabalho Humano

Na ordem supra-estatal e estatal podemos identificar diversos instrumentos normativos relativos à proteção do trabalho humano. Entre elas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992, é o mais representativo no que pertine à proteção do trabalho humano. Em tal Pacto, podemos destacar as seguintes normas

Declaração Universal de Direitos Humanos

Artigo XXII

Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

Toda pessoa que trabalha tem direito a remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo. XXIV – Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Art. 8º

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.

2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.

(*omissis*)

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 2002, sobre a proteção ao trabalho, estabelece, em síntese, nos artigos 6º ao 8º :

O direito de ganhar a vida mediante um trabalho escolhido livremente (art. 6º).

O dever do estado prover orientação e formação técnico profissional, elaboração de programas para o desenvolvimento de tais atividades.

O direito de gozar de condições justas e favoráveis de trabalho (art. 7º).

Remuneração que garanta o mínimo, salário equitativo ao trabalho, sem distinções.

Condições dignas, seguras e higiênicas de trabalho.

Igualdade de oportunidades, descanso, lazer, duração razoável e férias periódicas remuneradas.

A liberdade de associação (art. 8º).

O direito à greve.

Inicialmente, convém destacar que entre estas normas, encontramos normas típicas de direitos fundamentais de primeira dimensão, que consagram um espaço de liberdade do indivíduo para que ele possa agir sem interferências externas, mormente a interferência estatal, quando se protege a liberdade ao trabalho, a livre escolha, a liberdade de associação e a vedação à escravidão e a servidão. Por outro lado, encontramos normas típicas de direitos fundamentais de segunda dimensão, onde cabe ao Estado não mais uma atitude passiva, apenas não intervencionista, mas também uma atitude ativa, seja no plano legiferante, seja no plano da realização de políticas públicas.

Tais normas, características do Estado Social de Direito, estão bem representadas na obrigação do Estado de garantir um trabalho digno, em condições justas, na obrigação de o Estado imiscuir-se na relação privada de trabalho, determinando condições mínimas de desenvolvimento e remuneração. Ou seja, limitando a liberdade dos envolvidos, com a finalidade de garantir condições justas de desenvolvimento da pessoa humana, valorizando assim o plano da igualdade material.

Em nossa Constituição Federal, é possível identificar, claramente, nos artigos 5º, 7º e 8º a inserção, em nosso ordenamento jurídico, já no plano constitucional, das normas protetoras do trabalho consagradas nos documentos internacionais. Por exemplo, no art. 5º encontramos normas relativas à livre escolha do trabalho e à liberdade de associação. Nos artigos 7º e 8º deparamo-nos com um detalhado rol de normas que inserem em nosso ordenamento direitos específicos aos empregados, bem como a garantia de associação em sindicatos, e, ainda, nossa Constituição

amplia esta proteção, estabelecendo regras que, não necessariamente, estão previstas no plano internacional

A classificação ponteana das normas de direito fundamental, no plano da proteção do trabalho humano, em muito nos ajuda a entender o caráter destas normas e sua eficácia jurídica.

Inicialmente, verificamos que existem normas de proteção ao trabalho humano na ordem jurídica brasileira tanto de natureza supra-estatal, posto que representam uma imposição da ordem internacional ao Estado brasileiro (como a obrigação de se estabelecer um salário mínimo, férias remuneradas bem como a vedação à escravidão), como também encontramos normas jurídicas de caráter Estatal, posto que são emanações do legislador brasileiro como direitos fundamentais do trabalhador, a exemplo das normas relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Nesse mesmo sentido, os direitos fundamentais podem ser classificados como absolutos (os supra-estatais) e relativos (os estatais) ⁴³. Nos primeiros, frisamos, o Estado é apenas definidor de exceções, enquanto no segundo, a ordem jurídica interna reconhece fundamentalidade sem que haja obrigação decorrente da ordem internacional para tanto.

Os direitos fundamentais também são classificados, por Pontes de Miranda, como assegurados e não-assegurados. Os primeiros encontram na ordem jurídica sanções de ordem civil, penal e administrativa como forma de garantir seu cumprimento. Os segundos, em que pese serem reconhecidos, não estariam dotados, ainda, de sanção garantidora de seu cumprimento⁴⁴. Em geral, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais terão do ordenamento, no mínimo, a sanção invalidante. Ou seja, em caso de violação de sua prescrição, o ato praticado será considerado.

Os direitos fundamentais protetivos do trabalho humano, expressamente reconhecidos por nossa Constituição, possuem vasta legislação infranconstitucional que, mesmo quando não garantidos expressamente pela Constituição com uma sanção, o legislador ordinário cuidou de trazer regras para sua proteção. As formas de sanção comuns são as indenizativas (quando ocorre o não pagamento de um

⁴³ LINS JUNIOR, George Sarmiento. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, jan./dez. 2005, p. 61-63.

⁴⁴ LINS JUNIOR, George Sarmiento. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió: jan./dez. 2005, p. 63.

direito patrimonial do trabalhador ou, ainda, quando violada sua esfera moral) e caducificantes (diversas normas de caráter administrativo e penal estabelecendo cerceamento à liberdade dos que violam direitos do trabalhador, com multas administrativas, penas privativas de liberdade, etc.).

Ainda na classificação ponteana, encontramos normas protetivas do trabalho humano bastantes em si⁴⁵, quando geram, desde logo, direito subjetivo, sem necessidade da mediação legiferante do Estado para definir seu conteúdo e consequências (liberdade para escolha de profissão), bem como normas não - bastantes em si, tendo em vista que necessitam da mediação do legislador, tanto na definição do seu contorno como das suas consequências. Nestas últimas, encontramos normas supra-estatais, como o direito ao salário mínimo, que apesar de estar delineado internacionalmente como direito, é necessário que cada Estado defina o *quantum*, sob pena de o trabalhador não poder gerar direito subjetivo na relação jurídica concreta. Norma de direito fundamental estatal é a definidora do direito do trabalhador ao FGTS, que, por si só, nada significa, necessitando da legislação infraconstitucional definidora do conteúdo para que gere, assim, direito subjetivo ao trabalhador.

2.3 O Caráter Supra-estatal da Defesa do consumidor

A necessidade de proteção especial do consumidor surge dentro de determinado momento da evolução da sociedade capitalista. Conforme relata Gama⁴⁶, inicia-se a defesa do consumidor, nos EUA, com a *New York ConsumersLeague*, em 1891, voltada aos pequenos comerciantes que buscavam um atendimento mais adequado, proporcionando mais atenção, asseio e informações no trato com os clientes. A referida entidade foi “o embrião da *NationalConsumersLeague*” esta criada em 1899. As preocupações eram sempre relacionadas à qualidade e quantidade das mercadorias vendidas, bem como contra práticas consideradas abusivas e aviltantes contra os consumidores. Nos EUA, logo se percebeu que freqüentar de forma assídua determinado estabelecimento lhe emprestava prestígio e, da mesma forma, incentivava as práticas relacionadas ao

⁴⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967. t. 1, p. 126.

⁴⁶ GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1–9.

atendimento aos clientes. Contudo, nesse momento, a organização ainda é incipiente e isolada a determinados grupos, ou determinadas práticas.

Apesar de a primeira manifestação da proteção do consumidor de forma generalizada ter-se dado na década de 1890, nos EUA, é apenas na década de 1960, também nos EUA, que o célebre discurso do presidente John Fitzgerald Kennedy configura-se como marco inicial da preocupação com a proteção do consumidor e, nesta mesma década, a atuação do advogado Ralph Nader⁴⁷ destaca-se em direção análoga.

Observa-se, a partir daí, o desenvolvimento de “um amplo movimento mundial” com a adesão de diversos países, entre eles, Israel, Japão, Inglaterra, Suécia, Alemanha, Luxemburgo, França, Bélgica, Holanda, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Portugal, Espanha e México.⁴⁸

A principal explicação para a necessidade de proteção especial do consumidor está no fenômeno da massificação. Com ela a produção de bens e serviços acompanhada da elevação dos contratos, que deixam de ter a possibilidade efetiva de ser negociados, passando a receber apenas a adesão ou não dos interessados, o que faz transparecer a fragilidade do consumidor diante de tais relações de economias de consumo.

O indivíduo que, para sobreviver, precisa adquirir os bens e serviços essenciais à sua vida no mercado, encontra-se em uma situação de fragilidade peculiar: nem tem controle do processo produtivo nem possui, de fato, poder de negociações sobre as condições dos contratos que vai travar. Desta forma, verifica-se como necessária a proteção especial desse sujeito.

Por outro lado, pode-se observar que o consumidor é o sujeito que faltava ser tratado de forma especial pelas legislações do mundo. As revoluções burguesas e o advento do Estado Liberal foram uma conquista dos detentores dos meios de produção. As revoluções socialistas denunciavam a condição de penúria e de necessidade do outro sujeito da produção, aquele que possui apenas sua força de trabalho para empregar no processo produtivo. A partir dos movimentos dos trabalhadores, surge uma esfera de direitos específicos para atender a esses sujeitos. A partir da década de 1960 vislumbra-se a proteção do 3º sujeito do

⁴⁷ GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

⁴⁸ LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: QuartierLatin, 2003. p. 47.

processo de circulação de bens e serviços, o consumidor, o destinatário final dos bens e serviços.

Outro detalhe é sempre destacado nesta proteção. A visão clássica de que a demanda é que regula a oferta de bens e serviços, e, por dedução desta afirmativa, a visão de que o consumidor é quem determina o que o mercado deve produzir, a partir das suas necessidades, é falsa. Os fornecedores decidem o que vai ser produzido a partir da premissa da lucratividade. E, nem sempre, o que se vende é o que realmente se necessita, havendo exemplos vários de situações onde produz a demanda a partir de técnicas de publicidade e propaganda.

Um exemplo facilmente observável é o da indústria do cigarro. A única aparente necessidade que o cigarro supre é a de um prazer momentâneo. Contudo, durante anos, propagandas foram produzidas para deixar os consumidores com o desejo de consumir cigarro, associando-se o cigarro à imagem de atores e atrizes famosos no cinema mundial, entre outras formas.

A informação específica de que o cigarro produz dependência química e causa doenças variadas era posta de lado e, conforme já veiculado na imprensa mundial, a partir de certo momento, deliberadamente escondida para evitar a queda no consumo do produto.

Outro ponto que se destaca na evolução da proteção do consumidor é que, diferente da evolução da legislação trabalhista, a proteção do consumidor, tendo em vista sua natureza, não surge de forma organizada a partir de um movimento específico. Ao contrário, surge da coalizão dos interesses de certos grupos localizados com seus interesses individuais, mormente, a situação contratual, em várias situações, da classe média. Sendo o consumo pulverizado é muito comum, na verdade, a situação em que “a maioria dos beneficiários dos movimentos sociais neles não atua diretamente, preferindo apenas beneficiar-se dos esforços alheios de organização e mobilização”⁴⁹.

Apesar disto tudo, a proteção ao consumidor tomou forma na comunidade internacional, atingindo diversos países, até o ponto de ser editada pela Organização das Nações Unidas e aprovada em sessão plenária de 09/04/1986 a

⁴⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 217.

resolução 39/248 que dispõe sobre a proteção do consumidor. Desta resolução, destacam-se⁵⁰

Princípios Gerais

Os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor, considerando as normas abaixo discriminadas. Ao fazê-lo, cada governo deve terminar suas próprias propriedades para proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população verificando os custos e benefícios das medidas propostas.

3. As normas servirão para atingir as seguintes necessidades:

- a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança;
- b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- d) educar o consumidor;
- e) criar a possibilidade de real ressarcimento do consumidor;
- f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a ela referentes.

Observe-se que tal resolução surge após a adesão de diversos países, de forma explícita, à defesa do consumidor. Além disto, ela orienta de forma específica como cada Estado deve atuar no sentido de proteger os consumidores. Assim, fica evidente seu caráter normativo, em que pese não se tratar especificamente de um tratado internacional, moldado nos termos que a legislação brasileira prevê para reconhecê-lo com força de lei ou de norma constitucional.

No Brasil, a força normativa de tal resolução não precisa ser discutida, visto que se aderiu de forma quase literal aos seus mandamentos, inicialmente, pelo mandamento constitucional de se proteger o consumidor. E mais, se observarmos o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, verificaremos que as orientações do item 3 da referida resolução foram integralmente aceitas, principalmente nos arts. 4º a 6º do referido instrumento legal. Desta forma, fica evidente o caráter fundamental dos direitos do consumidor, especificamente no que tange ao seu caráter supra-estatal.

Observa-se, ainda, que os direitos do consumidor extrapolam a esfera dos direitos de 2ª dimensão, os direitos de natureza prestacional do Estado. Vão além. Estabelecem direitos a serem observados pela sociedade como um todo, inclusive nas relações entre os indivíduos, em relações que podem figurar-se de forma

⁵⁰ Texto da resolução, em português, encontrado em: FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

individual, coletiva ou difusa. Esta esfera de direitos, vinculada à dimensão da solidariedade, caracteriza os direitos de 3ª dimensão.

É claro que esta divisão, muitas vezes mais didática do que científica, vem apenas para demonstrar as nuances e diferenças existentes entre direitos de diferentes dimensões, contudo, a depender das relações jurídicas concretas, direitos de diferentes dimensões podem se apresentar de modo semelhante na relação jurídica.

Exemplo de fácil observação é na própria relação de consumo. Podemos ter uma clássica relação de débito e crédito, ou de responsabilidade civil, claramente vinculada ao direito de propriedade, garantido na primeira dimensão de direitos fundamentais. Podemos observar o Estado provendo a defesa do consumidor, educando-o, atuando administrativamente, o que vincularia tal atuação aos direitos de segunda dimensão. Em um terceiro momento, observaríamos os direitos do consumidor enquanto direitos difusos e coletivos, permeando toda a sociedade, com grande marca principalmente quando se refere às normas relativas à publicidade e propaganda.

2.4 A Relação entre as formas de Estado e os Direitos Fundamentais

2.4.1 Estado Liberal

O Estado, da forma como é concebido hoje, enquanto estrutura jurídico-política, tem seu nascimento no período entre a decadência do modo de produção feudal e o surgimento do modo de produção capitalista. A primeira forma que tomou o Estado foi o absolutismo, que teve lugar na Europa ocidental entre o século XV e o século XVII. O que distingue o Estado Moderno da forma de organização político-jurídica feudal é a centralização do poder. Durante o feudalismo, as relações sociais estavam fragmentadas desde a morte de Carlos Magno, sendo as relações de produção e, por conseguinte, as relações sociais em geral, baseadas na relação entre suserano e vassalo.

Não havia unidade política, sendo cada feudo uma unidade jurídico-política distinta. Do ponto de vista jurídico, podemos observar como traço marcante a desigualdade formal estabelecida entre os sujeitos. Senhor feudal (nobre) e vassalo são distintos, inclusive enquanto sujeitos de direito possuem estatutos jurídicos

diferentes, de forma que há uma relação de submissão formalmente estabelecida ligada a terra.

O surgimento dos Estados nacionais estabelece a centralização do poder político, sem eliminar, num primeiro momento, o *status* de desigualdade estabelecida. A burguesia foi a grande financiadora do Estado Absoluto, visto que interessava a ela uma unidade nacional e um Estado forte que garantissem segurança diante da fragmentariedade do mundo feudal. Nesse momento, o poder Estatal é centralizado, mas a esfera pública e a esfera privada estão sobrepostas, de forma que o Estado interfere diretamente na vida privada, conforme observa Facchini Neto

A partir do final da idade média, com a formação do Estado Moderno, há uma nova interpenetração entre público e o privado, com uma funcionalização do público ao privado (pois interessava à burguesia emergente o fortalecimento da monarquia nacional, já que um governo centralizado e único tenderia a favorecer o desenvolvimento do comércio reduzindo as barreiras alfandegárias, múltiplas moedas, etc.), mas também com uma funcionalização do privado ao público (já que igualmente interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem cobrava tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos régios).⁵¹

Contudo, com as mudanças econômicas, a burguesia que nasce e se fortalece e passa a exercer forte pressão na estrutura desigual instalada até o momento. A burguesia, grande financiadora do Rei absoluto, passa a perceber em tal governante, e no Estado que ele representa, um entrave ao seu desenvolvimento. O Estado enquanto poder unitário e formal instalado é um grande avanço, contudo a forma como o Estado atuava não mais atraía os interesses da classe burguesa. Dessa forma, as revoluções liberais do século XVIII instalam uma nova forma de Estado que correspondesse às expectativas e aos anseios desta classe e do sistema que se instalava: O Estado Liberal.

Com o Estado Liberal surge uma modificação essencial nas relações entre os sujeitos, a saber: é garantida à liberdade e à igualdade entre os indivíduos. Conforme esclarece Bobbio, essa forma de Estado tem como um de seus principais fundamentos o acordo entre os indivíduos que o compõem, para que socialmente sejam garantidos os direitos fundamentais a todos, dentro do contexto social em que

⁵¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18.

se vive. Para que este acordo seja possível será necessário que cada um seja livre para expressar a sua vontade. Por isto, para realizar as necessidades fundamentais de cada cidadão, o Estado Liberal precisará adotar a forma de Estado de Direito.

Assim, o individualismo e o contratualismo do liberalismo clássico explicarão a defesa dos direitos que sejam considerados necessários para a sociedade, pois, conhecidos estes direitos, eles assegurarão a todos igualmente a capacidade de participar das relações que os homens estabelecem entre si. Contudo, encontrar estes direitos para que o Estado de Direito possa efetivá-los não é uma tarefa fácil. Os direitos do homem surgem de acordo com as circunstâncias históricas, através, segundo o autor, do aumento da capacidade dos homens de controlar os recursos naturais e de dominar outros homens. Por essa razão, a efetivação dos direitos humanos terá como princípio a determinação dos direitos *que se tem* ou *que se gostaria de ter*, nas palavras de Bobbio

No primeiro caso [direitos que se tem], investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso [direitos que se gostaria de ter], tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.⁵²

Outro traço marcante é a divisão fundamental entre o público e o privado. O espaço de liberdade dos indivíduos é amplo e, uma vez definido através das leis, o Estado não pode intervir em tais relações. Cabe a ele, portanto, a função de garantir que certos limites (largos) não sejam ultrapassados, sem interferir no interior das relações.

A economia liberal deve ser promotora da economia de mercado e o estado liberal deve ser o mínimo necessário. A esfera econômica deve estar livre de interferências políticas, ou seja, do Estado. Como diz Bobbio: “O liberalismo é, como teoria econômica, fator da economia de mercado; como teoria política, é fator do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário)”.⁵³

O liberalismo clássico, segundo Bobbio, vem de encontro ao estado absolutista. Seu objetivo era a emancipação do poder político do poder religioso e a

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 114

emancipação do poder econômico do poder político. Desta forma, vem na tentativa de tirar do poder político da igreja e, ao mesmo tempo, em defesa dos interesses da burguesia mercantil. Em suas palavras:

O duplo processo de formação do estado liberal pode ser descrito, de um lado, como a emancipação do poder político do poder religioso (estado laico) e, de outro, como a emancipação do poder econômico do poder político (estado de livre mercado).⁵⁴

Os Direitos Fundamentais reconhecidos nesse contexto refletem esta forma de Estado, conforme se analisa.

2.4.2 Direitos Fundamentais no Liberalismo: as Liberdades

O Estado Liberal, na sua concepção mais pura, é a forma de Estado que surge após o confronto da nascente burguesia apoiada por outras classes menos favorecidas com as classes nobres e favorecidas do Estado Feudal. Desse embate, supera-se o feudalismo como modo de produção dominante e, também, em seu momento político, como forma de Estado até então existente.

Esse momento foi, sem sombra de dúvidas, uma vitória da humanidade. Deu-se um passo à frente. Superou-se um momento de dominação política do ser humano; de discriminação política do homem. A igualdade e a liberdade passaram a ser estabelecidos como valores universais. Dito de outra forma, o homem era politicamente desigual. O servo e o nobre, apesar de serem seres humanos, possuíam *status* sociais diferentes, o que conferia privilégios a este, já aquele pouco podia clamar diante do Estado.

Com o Estado Moderno, em sua feição liberal, passou-se a pregar a liberdade e a igualdade. Todos são livres para definir o seu rumo, o seu destino. E, ainda mais, todos são iguais perante a lei. A lei não fará mais distinções. Cada um, exercendo o seu arbítrio, construirá sua história, cabendo ao Estado, tão somente, observar os limites que os seres humanos decidiram razoáveis.

Tal visão do Estado parte de uma premissa básica: o indivíduo deve ter liberdade (negativa) para se desenvolver plenamente. A intervenção Estatal é vista como algo pernicioso, que vai impedir o pleno desenvolvimento dos indivíduos. Por

⁵⁴ BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia**. Tradução Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 115.

outro lado, com a busca incessante de cada um por seu desenvolvimento, dar-se-á o progresso geral da sociedade, como um dado necessário.

Para que tal concepção de Estado possa se desenvolver, faz-se necessário a definição prévia da estrutura e dos limites do Estado. E aos indivíduos deve ser garantido o direito de se desenvolver e, em contextos democráticos como o norte-americano e o inglês, deve ser definido de forma clara o modo como a vontade da maioria será formada. Os direitos dos indivíduos são delineados a partir destas premissas. Bonavides explica claramente essa concepção

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo.⁵⁵

Mesmo não tendo todas as formas liberais que se instalaram seguindo a fórmula democrática, em maior ou menor grau, a separação entre o espaço público da vida social e o espaço privado é, certamente, o traço essencial dado a partir do Estado Moderno.

Os direitos fundamentais do homem surgem no nível individual, como direitos negativos frente ao Estado (liberdade negativa, tratamento igual formalmente a todos) e, no nível político, na definição dos direitos políticos dos cidadãos, como forma de garantir a democracia. Os dois riscos anteriores passam a ser combatidos no plano jurídico: a separação do espaço público (político) do espaço privado e o autoritarismo.

Contudo, essa concepção traz contradições essenciais, tanto no nível jurídico quanto no nível econômico, que ficam evidentes com o desenvolvimento do capitalismo. No nível jurídico, a junção de proteção de direitos com a democracia apresenta o conflito entre a vontade da maioria e a proteção do indivíduo. Se a vontade da maioria passa a avançar sobre os direitos ditos inatos do homem, editando leis ou legitimando ações estatais, o espaço individual corre o risco de ser violado indiscriminadamente. Todavia, a limitação à vontade da maioria sobre certos direitos fundamentais é uma limitação à democracia, que por princípio, deveria ser soberana em todas as questões postas.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

No plano econômico, de forma mais desastrosa, o desenvolvimento do capitalismo dentro de um Estado Liberal fez surgir de forma flagrante a desigualdade material entre os indivíduos, representado pelos níveis de pobreza e pela exploração desmedida do trabalho humano. Não só a ausência de postos de trabalho e a miséria aumentaram como as condições de trabalho que se desenvolveram no seio da sociedade eram altamente desumanas. Neste sentido, diante do individualismo exacerbado nesse contexto, destaca Pontes de Miranda

Uma das conseqüênciaspsichicas do capitalismo é a indiferença dos indivíduos do centro, em que se trabalham cifras, pela sôrte dos outros indivíduos. Frieza que confrange. Não vêem os detentores dos meios de producção, por trás dos números das ordens de economia, de dispensa ou de reduçção de salário, o que há de vivo, o que há de humano, o que há de almas e corpos atingidos.⁵⁶

A partir de tais premissas, torna-se necessária a modificação do papel do Estado e, conseqüentemente, o próprio conteúdo dos direitos fundamentais do homem passa a ser preenchido com novos conteúdos, de natureza essencialmente diferentes dos originalmente postos.

2.4.3 Surgimento do Estado Social e os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

A primeira metade do século XIX foi o período em que a expansão da Revolução Industrial por diversos países europeus, com ênfase na França e na Alemanha, não veio acompanhada por limitações legislativas aos excessos da burguesia na administração da classe proletária. Era fundamental aos governos a tecnologia das indústrias, sua produção em série e a conseqüente grande arrecadação de impostos. Contudo, para agradar aos industriais, a omissão estatal quanto aos trabalhadores era extrema. Segundo Leo Huberman

Pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo de forma de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las. Como mulheres e crianças podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens, deram-lhes trabalho, enquanto o homem ficava em casa, freqüentemente sem ocupação. A princípio, os donos de fábricas compravam o trabalho das crianças pobres, nos orfanatos; mais tarde, como os salários do pai operário e da mãe operária não eram suficientes para manter a família, também as

⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 60.

crianças que tinham casa foram obrigadas a trabalhar nas fábricas e minas.⁵⁷

Tais contradições existentes no seio do Estado Liberal e do capitalismo deram margem a um período de extrema efervescência revolucionária, trazendo para o século XX problemas de proporções globais: duas guerras mundiais, a Revolução Russa, o advento do nazismo e do fascismo, a bipolarização do mundo e a queda da URSS.

Em 1914, tendo como motivo predominante o imperialismo, explode a I Grande Guerra. Esse foi o primeiro conflito em que foram reunidas todas as potências da época. Após esse conflito, foi considerado marco histórico o fim da hegemonia europeia sobre o mundo e, como consequência do desequilíbrio econômico provocado pela guerra, a Grande Depressão.

Durante a Primeira Guerra, ocorreu a Revolução Russa, tendo como bandeira os ideais socialistas. Esta Revolução conseguiu destruir a unidade mundial que quase se instalou até 1913 (sob o comando da Europa e EUA). O regime instalado na Rússia possuía fundamentos radicalmente opostos ao mundo liberal e capitalista, constituindo um sistema de organização social inteiramente novo. Após esta revolução instituiu-se a URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), que passou a exercer influência global e fez com que outros países tentassem partilhar de seu sistema.

O período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial foi particularmente tenebroso para a democracia liberal. As grandes dificuldades econômicas desse período fizeram surgir os regimes totalitários em vários países do mundo. Dos 65 Estados independentes existente antes da Guerra, apenas cerca de 10 ainda se mantinham constitucionais e livres em meados de 1930. Em 1939, tem início a II Guerra Mundial. Com o fim desse conflito mundial, em 1945, o mundo ficou dividido em dois blocos políticos: o bloco socialista liderado pela URSS que contava com 1/3 de todos os países do mundo e o bloco capitalista liderado pelos EUA que contava com a Europa ocidental, o Japão e os países do terceiro mundo que não possuíam regimes democráticos desenvolvidos e adotaram uma postura anticomunista.

Durante este contexto, não sendo o Estado Liberal capaz de solucionar os conflitos surgidos dentro do capitalismo, o Estado deixa a postura não

⁵⁷ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 178.

intervencionista, passando, neste momento, a um Estado Social de Direito. Sem eliminar o capitalismo, a estrutura jurídica do Estado modifica-se, permitindo, a partir de então, a intervenção do Estado nas diversas esferas da vida privada, sem, contudo, eliminar a propriedade privada e o mercado. Neste sentido

O Estado Social representa efetivamente uma transformação na superestrutura por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.⁵⁸

O Estado Social, portanto, é uma resposta às desigualdades sociais geradas no seio do Estado Liberal, sem eliminar o capitalismo. Neste momento, e nos 45 anos que se seguem, o mundo vive a dicotomia entre Capitalismo e Socialismo. Se nesse período, ambos os lados evitaram a todo o custo um conflito global que, provavelmente, dizimaria boa parte da humanidade tendo em vista os armamentos atômicos dos dois lados, os conflitos localizados não foram poucos.

No campo econômico, metade desse período foi marcado por uma grande expansão econômica de ambos os lados, chegando os países europeus e o Japão a atingirem marcas de desemprego ínfimas. A segunda metade desse período marcou uma crise global e profunda, que atingiu a economia capitalista, de um lado, e o regime sustentado pela URSS de outro, tendo como ponto culminante a queda do muro de Berlim.

Dentro desse contexto, extraem-se três principais consequências: o capitalismo, apesar de suas dificuldades, continua existindo como sistema predominante (sem resolver os problemas da desigualdade social); o socialismo real instaurado na URSS não conseguiu superar o capitalismo, eliminou a liberdade dos homens e não conseguiu instaurar a igualdade de fato de forma duradoura; o estado de bem-estar-social, pretensa conciliação entre capitalismo e socialismo, recua no seu alcance, diante da onda neoliberal iniciada em finais dos anos 1970, e, ainda, não conseguiu alcançar países periféricos.

Diante desse contexto, Bobbio se posiciona da seguinte forma

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 184.

[...] o problema da liberdade se põe hoje num nível mais profundo, que é o nível dos poderes da sociedade civil. Não importa que o indivíduo seja livre *em face do Estado* se, depois, não é livre *na sociedade*. Não importa que o Estado seja liberal se a sociedade subjacente é despótica. Não importa que o indivíduo seja politicamente livre se não é socialmente livre. Abaixo da iliberdade como sujeição ao poder do príncipe, há a iliberdade como submissão ao aparato produtivo. E, então, para se chegar ao coração do problema da liberdade, é preciso dar um passo atrás: do Estado para a sociedade civil. O problema da liberdade se refere não mais apenas à organização da produção e da sociedade como um todo; envolve não o cidadão, isto é, o homem público, mas o homem enquanto ser social, enquanto homem. Nesse sentido, parece que a direção do desenvolvimento histórico não seja mais do *Estado despótico* ao *Estado liberal*, mas do *Estado liberal* à *sociedade liberada*.⁵⁹

Dentro desse contexto, é que deve ser analisada a alteração na estrutura do Estado e dos Direitos Fundamentais. A partir das crises surgidas dentro do Estado Liberal, origina-se Estado Social.

Apesar dos avanços em direitos desde as revoluções liberais, os limites ficaram evidentes com o tempo. A mera limitação formal dos homens não foi capaz de distribuir de forma generalizada as riquezas que a humanidade passou a produzir. Com esta concentração de riquezas desigual, começou-se a reivindicar do Estado uma atuação diferente. Não adianta deixar os homens livres, posto que os que possuem mais acabam por sobrepujar os que nada possuem. E, em momentos essenciais, como o da compra e venda da força de trabalho, aquele que possui o capital é capaz de ditar as regras do jogo e o trabalhador acaba tendo que se submeter para garantir a sua sobrevivência.

A partir de tais fatos, o Estado deixa a postura de mero vigilante, para ser um Estado que irá intervir, se intrometer nas relações entre os indivíduos. Deixa de ser um Estado omissivo, para ser um Estado atuante, até paternalista, procurando suprir uma série de necessidades que os homens não conseguem, por si só suprir. Educação, saúde, previdência, seguridade social, assistência aos desempregados, etc. são apenas algumas áreas por meio das quais o Estado começa a prover o bem-estar aos seus cidadãos.

Os direitos fundamentais do homem deixam de ser meramente negativos e dirigidos contra o Estado, passando a ser concebidos também para uma atuação do Estado, direitos a uma prestação Estatal, agora denominado Social. Em 1933,

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 128, p. 86.

Pontes de Miranda já identificava o surgimento dessa esfera de direitos fundamentais, essencialmente diferentes dos direitos de matiz liberal. Apresentou-os da seguinte forma

1. Direito à subsistência, pelo trabalho justamente recompensado, ou, se não póde trabalhar, por obrigação do Estado.
2. Portanto, direito ao trabalho, com obrigação do Estado.
3. O direito á educação, com obrigação do Estado.
4. O direito á assistência, com obrigação do Estado.
5. O direito à participação no conforto material e espiritual (direito ao ideal), com obrigação do Estado.⁶⁰

Conforme esclarece Lôbo, do ponto de vista jurídico, o Estado Social é caracterizado pela inserção na Constituição da ordem econômica e social, de forma a limitar o exercício do poder econômico, ao passo que autoriza a intervenção estatal nesta esfera.⁶¹ Assim, com a constitucionalização de direitos com cunho positivo (saúde, educação, habitação, trabalho, por exemplo), reconhece-se ao mesmo tempo o dever do Estado em prover as condições materiais para o exercício de tais direitos e, ainda, para os indivíduos, concede-se o direito subjetivo de atuar no sentido de exigir tais prestações.⁶² Esses direitos fundamentais surgidos no seio do Estado Social são denominados direitos de segunda dimensão, ou de segunda geração, e são um reflexo evidente desse momento histórico do Estado.

O intervencionismo na relação de emprego é um traço marcante, diretamente ligado ao tema que se propõe. Até então o contrato firmado entre trabalhador e empregador era regulado pelos largos limites da legislação civil comum. Como relatado acima, tal situação gerou a exploração do trabalho em condições precárias, como também a exploração desenfreada de mulheres e crianças, sem que houvesse melhoria das condições sociais daqueles que trabalhavam.

Com isso, o Estado passou a: a) explorar diretamente certos setores da economia como forma de propiciar desenvolvimento do capital privado, onde seu alcance não havia chegado; b) regular de forma exaustiva o contrato de trabalho, definindo direitos de diversas espécies, através de normas de caráter cogente. Este segundo aspecto é o reconhecimento formal da proteção ao trabalho humano como direito fundamental.

⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933. p. 46.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32.

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 477.

2.4.4 Crise no Estado Social e os Direitos Fundamentais de Solidariedade

A partir da década de 1970, o Estado Social começa a entrar em crise⁶³ e, com isso, observa-se o ressurgimento de ideias de outrora. O Estado intervencionista, provedor, tendo em vista, principalmente, sua necessidade por recursos extraídos da sociedade através de tributos e seu controle em certos setores da economia, começa a não mais responder às demandas apresentadas a ele de forma satisfatória.

A carência por políticas públicas, gastos, postos de trabalho aumentam cada vez mais enquanto a capacidade do Estado de prover mostrou-se limitada. Pior ainda: a intervenção Estatal na economia, seja diretamente ou através da tributação, mostrou-se perversa no sentido de prejudicar o setor produtivo, perdendo produtividade e, portanto, sendo incapaz de fornecer postos de trabalho e diminuindo o nível de renda da sociedade. Como um círculo vicioso, entrando em crise a economia do Estado Social, este também entra em crise, visto que é da economia que retira seus recursos.

A crise dos estados assistenciais e a conseqüente crise das democracias trouxeram de volta as ideias liberais de Estado Mínimo. Como afirmamos anteriormente, o que distingue o neoliberalismo do liberalismo clássico é a forma de estado que ele se contrapõe: no caso, o Estado Assistencial. Os defensores atuais do Estado Mínimo, segundo Bobbio, não diferem muito dos clássicos. Em suas palavras

Mas para os primeiros escritores liberais os termos da polêmica não são muito diversos dos termos postos pelos escritores hoje, segundo os quais o melhor “bem-estar” é aquele que os indivíduos conseguem encontrar por si mesmos, desde que sejam livres para buscar seu próprio interesse.⁶⁴

Os defensores do neoliberalismo desejam a supressão retirada do poder político da esfera econômica. Ou seja, que toda a regulamentação estatal que foi conquistada para a proteção dos mais fracos economicamente (ex. legislação trabalhista) seja revista a termos mínimos, de modo que a livre iniciativa possa imperar. Quanto a isso Bobbio alerta

⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 43.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 121

Não está em jogo apenas o estado de bem-estar, quer dizer, o grande compromisso histórico entre o movimento operário e o capitalismo maduro, mas a própria democracia, quer dizer, o outro grande compromisso histórico precedente entre o tradicional privilégio da propriedade e o mundo do trabalho organizado, do qual nasce direta ou indiretamente a democracia moderna (através do sufrágio universal, da formação dos partidos de massa, etc.).⁶⁵

Em contraposição ao Estado Social, retornam os ideais liberais de Estado que não interferem na esfera econômica diretamente, deixando aos particulares o pleno desenvolvimento de suas potencialidades, sem levar em consideração que, no jogo do mercado, esta liberdade excessiva acabará por gerar desigualdade social.

Das injustiças geradas pelo Estado Liberal e do Fracasso do Estado Social de Direito, surge a necessidade de se conciliar o conflito eterno e, ao que parece, inconciliável dentro da sociabilidade capitalista: a liberdade dos indivíduos e a igualdade real, efetiva. A cada intervenção estatal se retira um pouco da liberdade do indivíduo em nome da igualdade, da distribuição de justiça social. Contudo, quando a justiça social não é alcançada, passa-se a questionar o porquê de se abrir mão da liberdade. Mas liberdade em excesso, gera miséria e pobreza que também não interessam ao Estado Liberal, que necessita de consumidores, mercados, para se desenvolver. Nesta balança, através de tentativas democráticas, busca seu rumo a humanidade, com seus retrocessos e avanços, agora evitando os extremos que acabaram gerando equívocos e ditadores populistas.

A forma de Estado que surge nesse contexto é a do Estado Democrático de Direito. Para definir democracia, Bobbio considera que em primeiro lugar deve-se entendê-la de modo oposto a toda forma de governo autocrático. Em segundo lugar, é caracterizada como um conjunto de regras que definem quem e de que forma exerce o poder (*toma as decisões*). Em terceiro lugar, as opções apresentadas àqueles que irão decidir devem ser reais, ou seja, não se deve restringir o debate ou censurar opiniões mesmo que discordantes da maioria.

Podemos afirmar que democracia é, segundo Bobbio, a forma de governo em que o maior número possível de indivíduos está autorizado a participar das decisões coletivas, de forma que não seja restringido o debate ou ignorada a opinião da minoria, sendo válidas para todos aquelas decisões que a maioria seguiu.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 126.

Norberto Bobbio trata de um fato importante na evolução da democracia: os ideais defendidos pelos primeiros defensores da democracia moderna (Locke, Rousseau, Tocqueville) não conseguiram ser alcançados. Entre esses ideais podemos destacar a destruição das oligarquias, o nascimento de uma sociedade pluralista, a educação do cidadão, a vinculação dos interesses dos representantes e dos representados e a preenchimento de todos os espaços pelas decisões tomadas. Esse fato é atribuído a três fatores: a especialização do governo, a burocratização e a difícil resposta a demandas vindas da sociedade pelo governo.

Esses aspectos demonstrados por Bobbio são curiosos pela sua conclusão. Mesmo não podendo cumprir os ideais iniciais e ainda com os adventos desses problemas a democracia ainda é uma forma de governo que não se sucumbiu. Ela não se transformou numa forma de governo autocrático, o que demonstra seu posicionamento contra a forma de governo autocrático. Em suas palavras

Pois bem, a minha conclusão é que as promessas não cumpridas e os obstáculos não previstos de que me ocupei não foram suficientes para “transformar” os regimes democráticos em autocráticos. A diferença substancial entre uns e outros permaneceu. O conteúdo mínimo do estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas [...] ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após o livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo.⁶⁶

O Estado para ser Liberal, entre outros pressupostos, necessita conceder direitos aos seus cidadãos. Dessa forma, Bobbio observa que a democracia como “natural desenvolvimento do Estado Liberal”⁶⁷, através do alargamento sucessivo dos direitos políticos de seus cidadãos, chegando ao sufrágio universal. Contudo, através da democracia surgiu outra forma de Estado que se opõe ao Liberal chamado de assistencial (Estado Social).

Esse fenômeno ocorreu através do que Bobbio chama mercado político. Os cidadãos possuem interesses e utilizam o voto como instrumento para vê-los realizados. Os políticos em busca do poder conferem aos seus eleitores aquilo que os interessa. Nesse jogo nem todos se tornam ganhadores, cabendo aos melhores jogadores os prêmios, ou seja, os interesses satisfeitos. Como afirma Bobbio

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 37.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 42.

Também na arena política existem os vencedores e os perdedores, os bem sucedidos nos negócios e os que abrem falência, mas quanto mais a arena política é constituída à base das regras do jogo democrático, onde todos têm certa autoridade e podem organizar-se para afirmá-la, tanto mais é preciso que os organizadores do espetáculo melhorem o seu desempenho para serem aplaudidos.⁶⁸

Através desse jogo, para Bobbio, o Estado passou a interferir mais na economia, tendo com a finalidade responder às demandas de seus cidadãos. Assim, os limites imaginados pelo liberalismo para o estado foram destruídos. Isto causou o aumento do aparato estatal e sua conseqüente burocratização. Como decorrência, houve a sobrecarga das demandas e os estados assistenciais passaram a entrar em crise. Como resposta a esta crise surge o neoliberalismo.

O neoliberalismo, em que pese ser uma corrente ideológica bastante marcante a partir de década de 1970, no campo jurídico e de conquista dos direitos aparentemente não interferiu de forma decisiva. Ou seja, não houve uma desregulamentação geral, deixando-se os particulares, no uso de sua autonomia privada, a solução dos conflitos.

Na verdade, no campo econômico, em diversos países, inclusive no Brasil, o Estado passou a deixar certos setores da economia para a exploração privada. A palavra de ordem nesse momento é sepultar os direitos sociais, geradores do enorme endividamento público e o retorno aos ideais liberais como panacéia universal. Nesse sentido, acentua Sarmiento

As ideias econômicas neoliberais tornaram-se hegemônicas na comunidade financeira internacional, inspirando o chamado Consenso de Washington – receituário internacional proposto pela Secretaria do Tesouro dos EUA, Banco Mundial, FMI, e principais instituições bancárias do G-7, para a estabilização das economias dos países emergentes, cujas propostas básicas eram são abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho.⁶⁹

Observa-se que as contradições internas do próprio Estado Social aliadas ao novo momento mundializado da economia, chamado de globalização econômica, tornam o cenário do Estado nacional cada vez mais relativizado. Esses instrumentos de pressão, internos e externos, ainda influenciam o cenário brasileiro dos dias

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 123-124.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 45.

atuais. Contudo, a Constituição de 1988, e a produção legislativa a partir da década de 1990, trazem um panorama jurídico no mínimo curioso.

O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Torcedor, a Lei do Inquilinato, entre outras leis específicas, são exemplos de que, do ponto de vista legiferante, não houve uma saída do Estado, mas na verdade uma maior intervenção normativa. A própria mudança do Estado Empreendedor para o Estado Regulador exige esta mudança de postura. Enquanto o Estado explorava diretamente a economia, parecia desnecessária uma regulamentação de diversos setores, posto que o Estado era o único explorador da atividade e ele encarnava o interesse público. Agora, com a exploração privada de diversos setores que eram reservados ao Estado, passa a ser necessária uma legislação específica a respeito para traçar os parâmetros.

Nossa Constituição Federal, na positivação dos direitos fundamentais, também refletiu esse momento novo. Trouxe-se não apenas direitos relativos à proteção do indivíduo contra o Estado (1ª Dimensão) ou direitos à prestações do Estado (2ª Dimensão), trouxe uma série de normas, consideradas de direitos fundamentais, que inserem em nosso ordenamento uma nova esfera de direitos, os chamados Direitos ligados à dimensão da solidariedade.

Nesta perspectiva, nossa Constituição se apresenta como uma constituição substancialista ou comunitarista, como define Giselle Citadino⁷⁰ a partir do momento em que não se preocupa apenas em definir estruturas estatais para o exercício do poder político e de participação, e as garantias individuais, vai além, define valores e elege prioridades, traça metas e compromete-se com finalidades que serão buscadas não só pelo Estado, mas que são deveres da própria sociedade.

A classificação das dimensões, ou gerações, de direitos fundamentais varia, a depender do autor que adota. Contudo, é possível identificar claramente que são reconhecidos hoje direitos fundamentais que não são apenas de proteção, ou de prestação, mas são postos na própria relação dos indivíduos entre si. A sociedade passa a ter como fundamentais uma série de direitos que interferem diretamente na relação entre os indivíduos, como por exemplo, o direito à proteção do consumidor e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se trata apenas de um

⁷⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 162.

direito negativo, ou do direito à prestação Estatal. Mas nas próprias relações privadas, os particulares terão que observar tais normas.

Este novo momento do Estado, que do ponto de vista legislativo não deixa de ser intervencionista, agora, apresenta uma feição aparentemente mais afastada do mercado e da economia, mas, continua sendo dirigista e, portanto, intervencionista. O conflito é evidente. O Estado deixa o mercado para os particulares desenvolverem atividades econômicas de acordo com sua liberdade e, ao mesmo tempo, passa a intervir legislando, definindo novos parâmetros e direitos, que interferem diretamente nas relações entre particulares.

Diante desse cenário, observa-se que a reação da sociedade, e do direito por consequência, a esse novo cenário, nacional e internacional, é mais complexa e profunda do que um mero determinismo. Os momentos históricos, que deram origem aos Direitos de 1ª e 2ª dimensões, refletiam diretamente a forma como o Estado e a economia estavam organizados e estruturados. Hoje, o cenário é diferente.

O Direito em geral, e os direitos fundamentais em especial, refletem uma trincheira, um espaço de lutas e de objetivos que a sociedade como um todo busca e, mesmo que certos setores busquem outros caminhos, esses caminhos não são trilhados diretamente, mas estão incessantemente em confronto ou em negociação com outros setores da sociedade. Em sentido semelhante, observa Maliska

A ideia da concretização dos direitos fundamentais como um compromisso de todos, a rigor, é algo que está implícito na estrutura dos direitos fundamentais. Não há como se pensar em direitos fundamentais e não envolver todos os membros da comunidade política na sua realização. Esse raciocínio decorre de uma concepção que entende os direitos fundamentais não como algo dado pelo Estado, mas algo que é conquistado através da luta política nas diversas esferas do espaço público democrático.⁷¹

A ideia de Direitos fundamentais, além dos direitos fundamentais do Estado Liberal e do Estado Social, reflete a ideia de que cada sujeito inserido na sociedade faz parte de um todo que, necessariamente, influi em sua vida particular e, da mesma forma, cada vida em particular tem potencial para influenciar o destino do todo. A esfera da solidariedade dos direitos fundamentais, a ideia comunitarista de sociedade, vai além do comunitarismo de raiz aristotélica, onde o todo determinava

⁷¹ MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: reflexões sobre a complexidade do tema e o papel constitucional da Jursidção Constitucional. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 553.

o destino do indivíduo, se anulando frente ao todo, e busca superar o mesmo individualismo burguês, visto que a sociedade é mais que o conjunto de indivíduos agrupados.

Nesse panorama é que surgem direitos que envolvem o Estado, a sociedade e os indivíduos entre si, de forma a dirigir como uma meta um alvo a ser alcançado, o destino da sociedade. Nesse contexto, a democracia, mais do que nunca, é o *locus* por excelência desta sociedade plural e complexa. Não há como se imaginar um ambiente desse fora da democracia. Qualquer forma de governo autocrática desvirtuaria ou encobriria esta pluralidade.

Assim, como os direitos de primeira dimensão refletiam o Estado Liberal e os direitos de segunda dimensão refletiam o Estado Social, o atual Estado democrático de Direito, ou pós-social, reflete, no campo dos direitos fundamentais, os direitos de solidariedade, aqui denominados de direitos de terceira dimensão.

Um ponto, contudo, deve ser destacado. Superado o paradigma liberal, os direitos fundamentais que surgiram em seguida envolvem uma participação ativa do Estado na sua promoção ou, ainda, na sua proteção. Não basta apenas mais garantir uma liberdade, é necessário um conjunto de ações estatais específicas para que tais direitos sejam efetivados.

Os direitos de segunda dimensão trazem, mais diretamente, a necessidade de uma atuação estatal prestacional. O Estado, direta ou indiretamente, compromete-se a promover a educação, a saúde, o trabalho, entre outros. Não caberia, neste contexto, uma exigência direta do outro, mas do Estado. Nos direitos de terceira dimensão, tais relações passam a ser exigíveis por todos, inclusive do Estado. Cabe ao Estado agora, não só promover diretamente, mas quando não está diretamente concedendo ao particular uma determinada prestação, ter políticas e órgãos governamentais que garantam, pela sociedade, o cumprimento de tais normas.

Em ambos os casos, a natureza inerte do Estado se modifica. Assim, no Brasil de hoje, em que pese a onda neoliberal na economia, o Estado permanece com deveres de atuação, seja direta ou indireta. Assim, é possível afirmar-se que a proteção ao trabalho humano e a proteção ao consumidor só têm sentido a partir do Estado Social, dada a modificação na natureza da atuação do Estado frente aos novos direitos fundamentais que surgem.

A natureza e a forma de atuação do Estado aproximam a proteção ao trabalho humano e a proteção ao consumidor. Faz-se mister, a partir de agora, buscar-se as distinções específicas.

3 A SITUAÇÃO DO TRABALHO E A NATUREZA DE SUA TUTELA

3.1 A Sociedade pós-industrial e as formas de trabalho

Conforme observamos, a proteção do trabalho humano é garantida por normas de direito fundamentais, que tiveram seu reconhecimento a partir das crises do liberalismo, sendo uma conquista do Estado Social de Direito. Com o retorno das idéias liberais no chamado neoliberalismo, a pressão pela produtividade gerou mudanças no mundo do trabalho significativas. Este novo momento produziu um crescimento constante nos níveis de desemprego, conforme afirma Mészáros

Na realidade, a dramática ascensão do desemprego nos países capitalistas avançados não é um fenômeno recente. Surgiu no horizonte – depois de duas décadas e meia de expansão relativamente ininterrupta do capital no pós-guerra – com investida da crise estrutural do sistema capitalista como um todo. Apareceu como característica necessária e já deteriorada dessa crise estrutural.⁷²

Para autor, neste novo momento, passa a existir mudança nas condições de trabalho representadas, tradicionalmente, pelo termo “flexibilização”, evitando-se “todas as formas de possíveis dos mercados rigidizados de trabalho”.⁷³ Desta forma, procuram-se institucionalizar fórmulas para tornar as regras relativas às tradicionais relações de emprego mais “flexíveis”.

Se, por um lado, direitos historicamente conquistados pelos que trabalhavam em empregos tradicionais passaram a ser questionados, por outro, novas formas de utilização da força de trabalho passaram a ser utilizadas pelo mercado, sem que se enquadrassem no clássico conceito de relação de emprego.

Há, por outro lado, um enorme incremento do novo proletariado fabril e de serviços, que se traduz pelo impressionante crescimento em escala mundial, do que a vertente crítica tem denominado trabalho precarizado (a que, exatamente, por esse traço precarizado, me referi em Adeus ao Trabalho? Como novo subproletariado). São os “terceirizados”,

⁷² MÉSZÁROS, Istvan. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 29.

⁷³ MÉSZÁROS, Istvan. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 34.

subcontratados, part-time, entre tantas outras formas assemelhadas, que proliferam em inúmeras partes do mundo.⁷⁴

Completa ainda o autor que estas formas de trabalho, apesar de já existirem no período anterior, eram prioritariamente preenchidas por imigrantes. Contudo, com a crescente diminuição dos postos de trabalho na indústria pelo desaparecimento de determinados postos em função do avanço tecnológico e das novas formas de exploração da mão-de-obra, esses novos desempregados passaram a ocupar atividades “em condições muito adversas, comparadas àquelas existentes no período anterior”⁷⁵.

Não só o setor industrial sofreu tal impacto. No setor financeiro, percebeu-se uma crescente adesão a “práticas flexíveis de contratação de força de trabalho nos bancos”⁷⁶. Conforme esclarece Jinkings,

Vão sendo demitidos, prioritariamente, os bancários responsáveis por tarefas de infra-estrutura de apoio ou de atendimento simplificado, postos de trabalho que são continuamente substituídos por máquinas automatizadas ou por trabalhadores subcontratados pelos processos de terceirização.⁷⁷

Segundo Márcia Pochmann, no Brasil, procedeu-se, a partir da década de 1990, uma “revisão do papel do Estado na economia (racionalização e descentralização dos gastos e privatização do setor produtivo estatal)”.⁷⁸ Ao mesmo tempo, as empresas atuantes no Brasil neste período, passaram a promover alterações “importantes na conduta empresarial voltada para implantação de novos programas de gestão da produção, de reorganização do trabalho e de inovação tecnológica.”⁷⁹ E, no campo do trabalho, “observa-se a definição de medidas direcionadas à redução de empregos, por meio da adoção de programas de

⁷⁴ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 104-105.

⁷⁵ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 105.

⁷⁶ ANTUNES, Ricardo. Anotações Sobre o Capitalismo Recente e A Reestruturação Produtiva no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria A. Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p. 21.

⁷⁷ JINKINGS, Nise. As formas contemporâneas de exploração do trabalho nos bancos. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria A. Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p.219.

⁷⁸ POCHMANN, Márcia. **O desemprego no Brasil**. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 69.

⁷⁹ POCHMANN, Márcia. O desemprego no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 71.

reengenharia, de reorganização do trabalho e da produção, terceirização e subcontratação de mão-de-obra, entre outros”.⁸⁰

Peter Drucker, sobre a criação de empregos fabris, chega a afirmar que tal espécie de mão-de-obra torna-se, rapidamente, mais um passivo do que um ativo. Relaciona ele o conhecimento como o recurso chave para todo o trabalho. Assim, a centralização não estaria mais em trabalho baseado “em fazer movimentar coisas”, mas na gestão e no planejamento. “A única política a longo prazo que promete sucesso aos países desenvolvidos é transformar a manufatura, para que ela deixe de ser baseada na mão-de-obra e se torne baseada no conhecimento”.⁸¹

Apesar da existência de mão-de-obra braçal ser essencial em diversas espécies de atividade (limpeza, conservação, segurança, etc.), as organizações devem focar a contratação de mão-obra própria nas atividades essenciais. “Tudo o mais é contratado com terceiros”. A terceirização, como um instrumento deste novo momento, é vista como elemento essencial para o desenvolvimento das organizações visto que:

Essas organizações terão receitas e resultados substanciais – conseguidos em grande parte porque elas somente realizam trabalhos focalizados em suas missões; diretamente relacionados aos seus resultados; trabalhos que elas reconhecem, valorizam e recompensam de forma correta.

Este momento que se inaugura a partir da década de 1970 é dividido por Andrade em duas fases. A primeira representa a Crise no Estado de Bem-Social e o Retorno do Liberalismo, conforme já nos referimos anteriormente. Para o autor

A supremacia teórica do neoliberalismo confirma-se através da chamada Escola de Chicago, liderada por Milton Friedman e seu pensamento econômico monetarista. Esta escola sustenta que a estabilidade econômica logra-se unicamente mediante a adoção de medidas monetárias baseadas nas forças espontâneas do mercado.⁸²

Para Andrade, o papel do Estado “limita-se à aplicação de uma política monetária adequada direcionada à estabilidade econômica”.⁸³

⁸⁰ POCHMANN, Márcia. O desemprego no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 71.

⁸¹ DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 48.

⁸² ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005. p. 72.

⁸³ ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005. p. 72.

A segunda fase deste período pós 1970 seria a “Era do Capitalismo Global e Financeiro em Seu Estágio Pós-Moderno ou Pós Industrial”⁸⁴. Nesse momento, ocorre uma prevalência do capital financeiro sobre o capital industrial, sendo que o avanço tecnológico promove “uma desertificação no mercado tradicional de trabalho”.⁸⁵ Nesse novo contexto, inclusive, refuta-se a tese tradicional de Karl Marx da relação entre mais-valia e taxa de lucro. No momento atual, não há como se estabelecer tal relação de forma direta em função da multiplicação dos ganhos em bolsas de valores.

Todo este período atual traz profundas reflexões sobre o papel do Direito, cabendo, inclusive, uma reflexão sobre alguns ramos tradicionais como o Direito do Trabalho, que sempre foi fundado no emprego e sua proteção. Multiplicando-se formas de exploração do trabalho desvinculadas do conceito tradicional de emprego, chega-se a conclusão de que “o labor dependente, subordinado ou por conta alheia, não pode ser mais levado à condição de objeto central do Direito do Trabalho”.⁸⁶

Contudo, este novo momento e esta nova visão do Direito devem estar de acordo com a natureza da proteção que está fixada normativamente ao trabalho humano. Conforme vimos, estamos diante de um direito fundamental de importância ímpar, tanto quanto a proteção ao consumidor. Daí a necessidade de observarmos a natureza substancialista de nossa Constituição e de que natureza são tais normas que se inserem na regulação destas relações.

3.2 Constitucionalismo Brasileiro: Substancialismo

Com o advento da Constituição Federal de 1988 os fundamentos do Estado e do Direito Brasileiro mudaram substancialmente. A partir de então, instaurou-se em definitivo um Estado Democrático de Direito, fundando na supremacia da Constituição. Deixou-se, portanto, de ser a Constituição meramente simbólica para ser o ápice do ordenamento, direcionando a aplicação e a interpretação da legislação infraconstitucional.

⁸⁴ ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005. p. 72.

⁸⁵ ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005. p. 73.

⁸⁶ ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005. p. 77.

Observa Luís Roberto Barroso⁸⁷ que com o reconhecimento formal e material da supremacia da Constituição denota o reconhecimento da imperatividade das de suas normas sobre todo o direito vigente, importando na não recepção de todas as normas infraconstitucionais incompatíveis com a nova ordem, a inconstitucionalidade das normas posteriores à Constituição, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, impondo-se ao legislador o dever de editar normas regulamentadoras de direitos reconhecidos na Constituição, quando necessário para o seu exercício e, ainda, interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.

Tal fenômeno no Brasil nos remete à discussão sobre o constitucionalismo e de que maneira o ordenamento jurídico brasileiro se alinha àquele contexto. O problema do constitucionalismo remonta o início das revoluções liberais quando foram promulgadas as primeiras constituições, compreendidas estas agora como normas hierarquicamente superiores às demais normas e sua interação com a democracia.

A questão está cingida à busca por um sistema regulado por normas democraticamente escolhidas capazes de proteger o indivíduo e seus bens. Contudo, no momento em que se estabelecem normas que possuem caráter superior às normas legislativas e, como no caso brasileiro, quando se reconhece que certas normas possuem caráter imutável (leia-se irrestingível), surge o paradoxo entre o princípio da soberania popular (princípio democrático) e o constitucionalismo (existência de normas que submetem inclusive o legislador). Diante desse paradoxo duas linhas de pensamento se destacam: o procedimentalismo e o substancialismo.

No procedimentalismo, há o reconhecimento da supremacia constitucional, contudo, a supremacia deve restringir-se à definição dos procedimentos adequados à realização da democracia e à proteção dos direitos essenciais a esta proteção. Nesse contexto, destacam-se constituições sintéticas que, grosso modo: a) definem os órgãos e procedimentos; b) não possuem a função de definir o conteúdo dos direitos; c) conterão excepcionalmente direitos negativos relacionados ao exercício da liberdade; e, d) não é, nesse contexto, a constituição fonte direta de direitos. Nesse sentido, esclarece Bercovici

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: PASQUALINI, Alexandre. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 33, p. 34, 2005. Nota Dez.

As teorias processuais, em sua quase totalidade, consideram a constituição instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Georges Burdeau alega que, apenas com a fixação de procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas constitucionais. Para ele, a Constituição deve ter um caráter de fluidez, sob pena de ser dissolvida na realidade.⁸⁸

Percebe-se, desde logo, que a atuação do Direito e da jurisdição constitucional como seu instrumento, nesse contexto, estarão limitadas de forma sensível à garantia do processo democrático e da autonomia dos indivíduos.

Por sua vez, o constitucionalismo substancialista parte do pressuposto de que o indivíduo só realizará sua felicidade quando vivendo em harmonia com os outros indivíduos devendo a comunidade ser organizada de forma a proporcionar uma vida adequada. Para tanto, a constituição é vista como uma ordem concreta de valores éticos e políticos assumidos pela comunidade, os quais serão reconhecidos nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais. Esta forma de constitucionalismo, portanto, não se restringe à garantia do processo democrático, estabelecendo de forma específica e detalhada uma gama de direitos e garantias aos indivíduos, direitos e garantias que vão além do mero reconhecimento da autonomia pessoal, buscando a proteção do indivíduo dentro da comunidade. Tal forma de constituição gera uma atuação Estatal antiindividualista com uma função promocional.

A Constituição brasileira ajusta-se ao modelo substancialista na medida em que elege um conteúdo necessário, que não estará sujeito a restrições mesmo que decorrentes de uma maioria eventual. Dito de outra forma, o Estado Brasileiro comprometeu-se com valores que considerou acima de eventuais interesses circunstanciais, os quais podem se formar numa democracia e, ainda, servem como proteção para determinadas minorias que, sem tal proteção, poderia ver direitos conquistados serem revogados num momento político posterior.

Para garantir esse conteúdo, faz-se necessário pôr instrumentos à disposição do indivíduo para fazer efetivar-se a perda de direitos conquistados. Nesse sentido, esclarece Cittadino

⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a teoria da constituição. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). **Constituição Federal**: 15 anos. São Paulo: Método, 2003. p. 11.

O constitucionalismo “comunitário brasileiro, ao conferir prioridade aos mecanismos jurídicos de participação que buscam efetivar o sistema de direitos assegurados pela Constituição, especialmente contra as omissões dos poderes públicos, não tem qualquer dificuldade em fazer uma leitura ampliada deste dispositivo constitucional [art. 5º, XXXV], defendendo a proeminência do Poder Judiciário, que deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo.”⁸⁹

Num país de “Modernidade Tardia” como o Brasil, reforça Streck, a Constituição também se constitui em um espaço de resistência frente à tendência “globalizante/neoliberal”, uma vez que um momento econômico específico, que não necessariamente traz soluções adequadas, fazendo do momento atual em um tipo de “barbárie econômica”.⁹⁰

O paralelo com nosso tema é inegável. O consumidor e o trabalhador foram especialmente previstos na Constituição como sujeitos merecedores de proteção especial. Naquele momento específico de nossa história, os ventos econômicos e políticos eram outros. Desde então, mormente no que diz respeito ao trabalhador, diversos discursos já foram desenvolvidos no sentido de desregulamentar direitos conquistados e constitucionalizados a bem de uma suposta competitividade. Não raro, é possível agregar-se ao custo Brasil, em pouco tempo, os direitos do consumidor, e o foco da discussão possa rumar no sentido de retirar direitos destes. Contudo, já demonstramos a elevação de tais normas à categoria de normas de direitos fundamentais sendo, portanto, compromissos específicos e perenes adotados pelo Estado Brasileiro.

3.3 Ordenamento jurídico e sua divisão: A Constitucionalização do Direito Privado e as Relações jurídicas de Direito Privado

Qualquer referência ao Direito Privado nos remete à clássica divisão do Direito em dois grandes ramos, o Direito Público e o Direito Privado, que remonta ao Direito Romano. Estas noções precisam ser trazidas para o presente estudo, posto que a depender da natureza da norma jurídica invocada, a forma de abordagem será

⁸⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 64.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: MILARÉ, Édis. (Coord.) **Ação civil pública, Lei 7.347/1985**: 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

distinta, especialmente no que tange aos sujeitos destinatários de tais regras. Apesar das críticas que foram feitas em demasia à distinção, esta se mostra válida e útil ainda nos dias atuais.

Inicialmente, podemos esclarecer que, no que tange à divisão do Direito em partes, pode-se encontrar 3 (três) formas de encará-la: a) uma visão monista, que nega qualquer divisão do Direito, sendo “A distinção, como princípio de sistematização geral do Direito, inútil”⁹¹; b) a visão dualista, que considera a existência de dois ramos distintos, o Direito Público e o Direito Privado; e, ainda, uma visão tripartista, que considera a existência de um terceiro gênero ao lado do Direito Público e do Direito Privado, eventualmente chamado de “misto”, ou “social”, ou ainda, “difuso”.

Cumprido rechaçar a ideia monista que crê na inexistência de divisão entre Direito Público e Privado, seja de forma direta, conforme se observa em Hans Kelsen, seja de forma indireta, para aqueles autores que consideram a divisão meramente didática, ou histórica, como forma de compreender melhor o Direito em si, mas sem utilidade prática no momento de sua interpretação e aplicação.

A visão dualista é mostra-se útil, visto que a preponderância ou não do princípio da isonomia irá variar a depender da norma invocada. As normas jurídicas de Direito Público estão relacionadas a uma espécie de relação jurídica que possui o Estado como um de seus participantes, com determinada qualidade. Quando estamos diante de uma norma jurídica que se refere a uma relação jurídica na qual o Estado participará com outros sujeitos de direito internacional ou ainda quando o Estado participa dotado de supremacia e/ou privilégios, temos uma norma jurídica de Direito Público. Nesse sentido, esclarece Ascensão

Segundo esse critério [posição dos sujeitos], Direito Público será, em sentido que corresponde à definição ulpianea, o que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos e regula a sua actividade como entidade dotada de iusimperii; Direito Privado é o que regula as situações em que os sujeitos estão em posição de paridade.⁹²

Por outro lado, se estamos diante de uma norma jurídica que toma os sujeitos como indivíduos sem partir de qualquer premissa que envolva supremacia e/ou privilégios, estabelecendo tão somente direitos e deveres recíprocos, estaremos

⁹¹ KELSEN, Hans, **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P .297.

⁹² ASCENSÃO. José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2003. p. 326-327.

diante de uma relação jurídica de Direito Privado. Observe-se que, na relação de Direito Privado o próprio Estado poderá vir a participar dela desprovido de privilégios, como se fosse um particular qualquer.

A adoção de critérios imprecisos e o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado a partir da Constituição de 1988 levam a afirmações de que tal divisão está superada perante a unicidade do Direito e que qualquer formulação no sentido de distinguir o Direito Público do Privado é meramente didática. Nesse sentido, “a constitucionalização do Direito Civil superou essa tradicional divisão, pois muitos institutos passaram a ser previstos na Constituição”.⁹³ E mais,

no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido.⁹⁴

Podemos destacar fórmulas imprecisas de distinção: as que envolvem a natureza dos interesses (público ou privado), a presença do Estado nas relações jurídicas e a natureza das normas jurídicas (cogente ou não-cogentes). Contudo, tais critérios têm se mostrado insuficientes para identificar a distinção.

Outro fenômeno, anterior à própria Constitucionalização, é o da descodificação do Direito Privado, passando a se regular relações jurídicas particulares a partir de normas jurídicas contendo diversos ramos do Direito (Penal, Administrativo, Civil, Processual), com grande número de normas cogentes. Assim, “Dita superação também é denunciada pelos microssistemas jurídicos, pois neles há regras oriundas tanto do Direito Privado, quanto do Direito Público”.⁹⁵ Tais normas, comumente denominadas Estatutos, levaram à idéia de que com o surgimento de novos ramos do Direito estaríamos diante da superação da dicotomia ou com a criação de um terceiro gênero de normas jurídicas. São exemplos destas leis a Lei do Inquilinato, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor.

A questão é: a existência de uma lei que agregue normas de natureza diferente cria, por si só, um novo ramo do Direito? Ou, ainda, altera a natureza de tal norma? Conforme abordamos acima, se levamos em consideração a relação

⁹³ GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e teoria geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 96.

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil-constitucional**. p. 6 Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

⁹⁵ GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e teoria geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 96.

jurídica que se regula, encontraremos invariavelmente apenas dois tipos de relação jurídica: as relações jurídicas de Direito Público e a relações jurídicas de Direito Privado. Nesse mesmo sentido, já abordava Pontes de Miranda

O contrato de serviços e o contrato de trabalho, estrito senso, são, no Código Civil e na legislação do trabalho, contrato de direito privado. A semipublicidade não os deslocou para o direito público, a despeito de estar cercado e por vêzes invadido por algumas regras jurídicas publicísticas.⁹⁶

As normas de Direito Penal, de Direito Administrativo e de Direito Processual que estão contidas no Código de Defesa do Consumidor são, sem sobra de dúvidas, normas de Direito Público. Quando o CDC regula relações entre particulares, ou entre particulares e pessoas jurídicas de Direito Público que atuam como particulares, estamos diante de uma relação jurídica de Direito Privado tendo em vista a inexistência de relação de subordinação, de supremacia jurídica ou privilégios.

Como bem explica Lôbo, a chamada publicização do Direito Privado nada mais é do que a regulação de relações jurídicas tipicamente privadas com normas jurídicas cogentes. Enquanto a constitucionalização foi a inserção de normas fundamentais do Direito Privado na Constituição.⁹⁷ Nem o primeiro fenômeno, nem o segundo mudaram a natureza das relações jurídicas reguladas.

Comumente verifica-se que tal distinção é encarada como “uma classificação didática”⁹⁸⁹⁹ que “na vida prática, não tem a importância que alguns juristas pretendem dar”¹⁰⁰, “nada mais serve que para orientar o estudioso”.¹⁰¹ De maneira geral, tais críticas terminam por declarar a unidade do ordenamento, estando superada qualquer distinção entre Direito Público e Privado, tendo em vista a superação da forma liberal e Estado.

Esses posicionamentos têm sua razão de ser histórica, como esclarece Tepedino

⁹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47, p. 9.

⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, p. 100, jan.-mar. 1999.

⁹⁸ GOMES, José Jairo. **Direito civil: introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97.

⁹⁹No mesmo sentido GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 21.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58.

¹⁰¹ FIÚZA, César. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 24.

O direito público e o direito privado, como se viu, constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito.¹⁰²

Certamente algumas premissas não podem ser negadas, sob pena de contradição completa. A Constituição está disposta de forma hierarquicamente superior a todas as outras normas do ordenamento jurídico e é diretamente aplicável, no que tange às relações privadas, inclusive no que se refere aos direitos fundamentais entre particulares. O ordenamento jurídico é uno. Contudo, é possível sim vislumbrar uma divisão entre normas de natureza diferentes. E qual a importância de tal distinção, se não for “meramente didática”? O Estado é regido por princípios próprios e deve seguir, entre eles, o da legalidade estrita. Desta forma, toda atividade estatal está vinculada e subordinada a determinados princípios que orientam a atuação do Estado no cumprimento dos fins públicos que se esperam. Nesse sentido, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas de Direito Público devem estar pautadas nesses princípios específicos. Inclusive, conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello

Na relação jurídica de direito privado não se pode falar, como princípio, em igualdade jurídica entre os figurantes, precisamente porque é a área em que domina o princípio da relevância do interesse público. O ente público, seja ativo, seja passivo da relação, mantém essa condição de superioridade.¹⁰³

Por sua vez, em que pese o avanço do Estado nas esferas individuais, ainda há espaço deixado aos indivíduos para que exerçam sua liberdade. Assim, o princípio da legalidade para os particulares é essencialmente diferente. Ao particular é permitido fazer tudo que a lei não proíba ou que permita expressamente. Além disso, por força do princípio da igualdade, a premissa é do tratamento igual aos sujeitos das relações particulares. Não se presume qualquer privilégio ou supremacia de um sobre o outro. Contudo, por força da ideia de isonomia, que é pautada nos ditames da justiça social, é possível conferir-se direitos em graus

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. **O Código civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissa para uma reforma legislativa. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

¹⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 212.

distintos aos sujeitos da relação jurídica de Direito Privado se, a partir de determinados dados específicos, forem considerados suficientemente distintos para merecerem tratamento diferente. Mas tal tratamento diferenciado é a exceção; a regra é a igualdade.

Em nossa Constituição Federal, podemos observar de forma até repetitiva a idéia de igualdade, feito desta forma com o intuito de dar ênfase no compromisso contra nossa longa história de desigualdade. Nesse sentido, é colocada a igualdade como um dos valores “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”,¹⁰⁴ bem como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁰⁵ E, ainda, em um dos momentos mais importantes de nossa Constituição, no art. 5º, encontramos de forma notadamente repetitiva, *in verbis*

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Entre outros momentos, encontramos a referência à igualdade, sem excluir outras referências diretas e indiretas, nos artigos 7º, 37, 150, 151, 194, 206, 226 e 227.

De forma aparentemente contraditória, a própria Constituição Federal contém diversas situações de reconhecimento de desigualdades, determinando um tratamento especial a certos sujeitos. Podemos citar as normas que consagram tratamento, em certas circunstâncias, diferente à mulher (aposentadoria, licença maternidade), à microempresa, ao idoso, à criança e ao adolescente, ao índio e às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Celso Antônio Bandeira de Mello bem explica que a Constituição consagrou o princípio da igualdade e, diante de situações jurídicas semelhantes, dois sujeitos devem receber o mesmo tratamento. Contudo, certos critérios podem ser adotados para eleger categorias específicas que merecem tratamento diferente. Seria legítimo, assim, um tratamento diferenciado entre pessoas de categorias diferentes,

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, preâmbulo.

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**, art. 3º, IV.

mas não entre sujeitos de uma mesma categoria. Por sua vez, a dificuldade reside na adoção do critério diferenciador, devendo esse ser legítimo.

Nesse sentido, esclarece o mesmo autor que:

[...] há ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual ou definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas [...]

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.¹⁰⁶

Em nenhum momento o tratamento especial a esses sujeitos configura a colocação deles em um patamar de supremacia ou de privilégios. Representam, na verdade, o reconhecimento de situações fáticas que justificam um tratamento especial como forma de reequilibrar uma situação visivelmente desigual. É a preponderância do princípio de Justiça Social que está presente expressamente em nossa Constituição Federal, tanto no preâmbulo quanto nas referências à ordem econômica e à ordem social.

Ao instituímos a justiça social como um dos princípios a serem seguidos pelo Estado na ordem econômica, invariavelmente estamos determinando que os sujeitos que atuam no mercado devem ser vistos de acordo com suas especificidades e, em certa medida, deve-se procurar proteger àqueles que se mostram hipossuficientes ou vulneráveis.

Assim, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas de Direito Privado, que é o nosso caso, deve partir desta compreensão. Os sujeitos devem ser tratados de forma igual, sendo admitido, contudo, um tratamento desigual a partir de certas circunstâncias que venham a justificar tal tratamento.

O reconhecimento da existência de dois campos normativos distintos em momento algum significa negar a unidade do ordenamento jurídico. Contudo,

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47-48.

existem normas direcionadas a determinadas situações que por suas características justificam a divisão.

Dentro desta temática surge outra observação importante a ser feita. A unidade do ordenamento está centrada na Constituição Federal. Dessa forma, é possível encontrar na Constituição tanto normas jurídicas de Direito Público como de Direito Privado. A presença de normas jurídicas de Direito Privado na Constituição trouxe à tona no Direito Privado diversas discussões e consequências de importância fundamental para o desenvolvimento do Direito brasileiro, a saber, a ideia de constitucionalização do Direito Privado, em geral, e a constitucionalização do Direito Civil no particular.

A constitucionalização do Direito Civil pode ser entendida como a inserção, no plano constitucional, de princípios e regras (portanto normas) basilares do Direito Civil. Tal inserção provoca, por consequência, a total vinculação de todas as normas infraconstitucionais a estas normas basilares elevadas a normas constitucionais. Esse posicionamento tem seu fundamento histórico-político e provoca profundas alterações na forma de se ver o Direito Civil. Nesse sentido

A constitucionalização do Direito Privado não significa apenas o deslocamento geográfico do seu centro. Mais do que isso, trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se funda esse ramo do saber jurídico. No caso brasileiro, esta transformação é profunda e sem precedentes, diante do caráter radicalmente inovador e das características singulares da ordem constitucional instaurada em 1988.¹⁰⁷

O Direito Civil, um dos mais tradicionais ramos do Direito, sempre foi caracterizado como o ramo do Direito que trata das relações entre particulares. Desta forma, desde que se instaurou o Estado Liberal e sua ideologia estatal minimalista, a forma de regramento da atividade dos particulares passou a ser exclusiva atividade do Direito Civil, notadamente, no Código Civil. Um regramento que pressupunha pessoas livres, (liberdade negativa, não impedimento) e formalmente iguais. Nesse contexto, a legislação civil traçava os parâmetros dentro dos quais os particulares tinham liberdade para atuar.

Contudo, tal forma de ver o Direito Civil era fruto da concepção liberal de Estado, e não decorrente de uma determinação necessária da sua natureza. Com as

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 107.

transformações ocorridas no decorrer do século XX, fruto das contradições gestadas no século XIX e causadora de duas grandes guerras na primeira metade do século XX, altera-se o papel do Estado e, por consequência, a forma de normatização da sociedade também muda.

Altera-se, assim, a postura do Estado para uma atuação positiva, intervencionista. Com isso, a relação entre Direito Civil e Constituição deixa de ser de disjunção para ser, agora, de unidade hermenêutica. O ordenamento passa a se estruturar de forma a ter a Constituição o papel, também, de conformador de todo o ordenamento. Não se trata mais de uma Constituição apenas forma, definidora de estruturas e de garantias mínimas. A Constituição passa a traçar projetos, metas, definir valores que, possuindo caráter normativo, passa a determinar a forma de legislar, aplicar e interpretar as normas jurídicas infraconstitucionais.

Nesse caminho, três grandes cânones do Direito Civil sofrem grandes alterações, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro: a família, a propriedade e o contrato. A partir de princípios fundamentais constantes na Constituição, muda-se sensivelmente a forma como o Direito regula tais relações.

Inicialmente, pode-se apontar como traço distintivo e norteador também do Direito Civil, a inserção expressa e vinculante do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao se pôr novamente o ser humano como foco, como sujeito e destinatário das normas jurídicas, atingi-se diretamente o centro da visão da legislação civil vigente até então, visto que girava em torno do patrimônio. A preocupação e o foco do Direito, determinados por um dos seus princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana, passa a ser a pessoa, numa verdadeira repersonalização do Direito Civil, como forma de denominar esse momento.¹⁰⁸

No campo das relações familiares, o traço marcante é a igualdade, como forma de realização da dignidade humana. Homem e mulher, e os filhos, deixam de ser tratados de forma desigual, quebrando-se uma tradição cultural de dominação e discriminação secular brasileira. Também, como decorrência do corolário da dignidade, a família passa a ser vista sob o prisma da afetividade, e não apenas do patrimônio, reforçando o foco na pessoa, no sujeito, como centro da normatividade.

No regramento da propriedade, abandona-se a visão antiga de propriedade absoluta para uma visão voltada à função social. Apesar da aparente contradição

¹⁰⁸FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2005. p. 12-14.

entre o Direito propriedade e sua função social, equilibram-se tais valores a partir do momento em que se compreende que a propriedade privada é permitida, pode ser objeto de exploração individual, mas deve ser utilizada de forma socialmente aceita. Desta forma, tanto a especulação como a utilização da propriedade de forma contrária aos interesses da coletividade passam a ser objeto de controle por parte do Estado.

O contrato, como meio de circulação de propriedade, também passa a ser visto à luz da sua função social, abandonando-se a visão liberal, em que a liberdade era plena e fazia lei entre as partes, passando-se a compreender que na sociedade contemporânea, massificada, o contrato, em regra, não é mais fruto da livre vontade de ambas as partes, devendo as situações concretas de desigualdade ser compensadas sempre que uma das partes utiliza-se desse poder privado para tirar proveitos da outra parte.

Toda esta mudança tem como fundamento o estabelecimento do ser humano como destinatário e fim último do ordenamento. Nesse sentido

O situar da pessoa humana como pedra angular do ordenamento jurídico implica compreender o direito a partir de um núcleo normativo ético-axiológico fundamental. Esse núcleo – sobre o qual o direito, em sua integralidade, radica – afirma-se como um elevado fator de justificação, a regular vinculativamente os sujeitos no mundo que compartilhamos, independente de qualquer condição singular desses sujeitos. Portanto, há de estremar tanto as relações dos particulares entre si, quanto as relações desses com o Estado.¹⁰⁹

Desta forma, observa-se o quão fundamental foi para a visão do Direito Civil de hoje a sua constitucionalização, que decorre de um contexto geral, histórico-político, que alterou a própria feição do Estado e, por conseguinte, das normas jurídicas que regulam nossa sociedade. Assim, não é mais possível entender o Direito Civil com base em antigos conceitos e fórmulas, sendo necessário inserir novos elementos para que se possa aplicá-lo de forma justa, sempre voltado ao ser humano.

De interesse para o nosso tema, podemos observar na Constituição a presença, também, de normas relativas ao Direito do Trabalho, de forma ampla inclusive. Praticamente todos os institutos do Direito do Trabalho foram

¹⁰⁹ MELGARÉ, Plínio. **A jus-humanização das relações privadas**: para além da constitucionalização do direito privado. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1934>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

contemplados na Constituição Federal e, ainda, a determinação de proteção especial do consumidor. Desta forma, qualquer interpretação do Direito Privado deve partir da interpretação das normas constitucionais relativas ao tema e, ao nosso ver, a partir de uma relação específica entre as normas de Direito Privado.

Do Direito Civil surgiram os mais diversos ramos do Direito Privado. O Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e o Direito Comercial se especializaram a partir de institutos básicos do Direito Civil. Ganharam regramentos próprios, princípios específicos, mas na sua gênese estão os mais diversos institutos do Direito Civil, mormente, o contrato. Desta forma, no momento de interpretar o Direito esta relação se torna cada vez mais relevante. O Direito Civil representa o direito comum das relações individuais, aplicável a todas as relações jurídicas que não forem regidas pelas normas de Direito do Trabalho, Direito do Consumidor ou Direito Comercial. Tal relação deve ser transportada para as normas constitucionais. As normas gerais, princípio e regras, de Direito Privado devem ser aplicadas às relações jurídicas em geral e, em situações específicas e determinadas, aplicam-se as normas jurídicas específicas.

Desta forma, a noção de constituição substancialista que foi adotada plenamente pelos constituintes brasileiros de 1988, além da concepção de que as normas jurídicas de Direito Privado regulam relações entre sujeitos que são tomados, *a priori*, como iguais ou, então, parte-se da noção, *a priori*, de que a norma visa corrigir desigualdades concretas com base no princípio da justiça social e da isonomia, nos leva a vincular a compreensão da distinção entre relação de trabalho e relação de consumo.

A Constituição brasileira consagra a democracia como um dos pilares fundamentais da nossa república, contudo, são eleitos diversos pontos de partida que, nem democraticamente, podem ser alterados. Tais pontos de partida são sensíveis e primordiais para um desenvolvimento justo da sociedade brasileira.

Por exemplo, ao estipular no art. 60, §4º que certos temas não seriam passíveis de restrição, considerou-se que tais temas seriam demasiadamente sensíveis e representariam pontos indiscutíveis pelas gerações futuras.

Podemos observar que ao mesmo tempo em que a Constituição brasileira elegeu o princípio da igualdade como fundamental, ao seu lado determinou a proteção do trabalho humano e das relações de consumo. Desta forma, qualquer

solução ao nosso problema deve partir do princípio de que a igualdade é um valor fundamental e o tratamento isonômico deve ser específico, justificável e constitucionalmente plausível. Qualquer possibilidade de tratamento desigual de sujeitos sem qualquer justificativa plausível representa uma violação da idéia de igualdade que permeia as relações particulares.

A partir de tais pressupostos, buscam-se agora os elementos essenciais que informarão a existência, ou não, de distinção entre a relação de trabalho e a relação de consumo.

4 A DISTINÇÃO ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO

4.1 Norma Jurídica, Fato Jurídico e Relação Jurídica

Para melhor entendermos a distinção entre relação de trabalho e de relação de consumo, necessário se faz termos em mente o conceito de relação jurídica, e suas nuances, bem como sua relação com a norma jurídica e com o fato jurídico. Pontes de Miranda já demonstrava a importância do conceito de relação jurídica ao afirmar que “A Noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*; depois, a de relação jurídica”.¹¹⁰

Conforme podemos observar, o conceito básico que permeia o mundo jurídico é o de fato jurídico. Tal concepção tem razão de ser uma vez que não há efeito ou relação jurídica que não seja precedido de um fato jurídico anterior que lhe deu causa. E, tendo em vista a natureza eminentemente intersubjetiva do Direito, o segundo conceito necessário essencial dentro do mundo jurídico é o conceito de relação jurídica.

Relação é ter-se um elemento frente a outro. “É o ter-se de considerar a a frente a b: *aRb*.”¹¹¹ Os números podem estar relacionados. As coisas podem estar relacionadas. Mas quando a relação se dá entre pessoas, ou melhor, entre sujeitos de Direito devemos ter uma segunda preocupação: esta relação travada entre sujeitos é protegida pelo Direito, posto que toda relação entre sujeitos prevista pelo Direito é uma relação jurídica?

Nem todas as relações humanas são protegidas de forma específica pelo Direito. Nas relações afetivas podemos citar o namoro, a amizade, o noivado, e, atualmente, todas as relações que se travam entre pessoas de forma eventual e transitória muito comum entre os jovens, nas festas e carnavais, mas não exclusiva da juventude. Há relações humanas de carinho, de afeto, enfim, há uma interação entre as pessoas, só que tal interação não tem importância para o Direito enquanto relação familiar. As pessoas devem umas às outras respeito e consideração mútua, os deveres gerais de abstenção surgidos a partir dos direitos da personalidade.

¹¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, p. xvi.

¹¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, p. 117.

Numa relação familiar, contudo, há direitos e deveres específicos entre os cônjuges, companheiros ou outros parentes de maneira geral.

Uma relação jurídica é uma relação humana prevista pelo Direito. Nesta distinção, Tanto Pontes de Miranda quanto Marcus Bernardes de Mello visualizaram duas possibilidades.

É possível que a relação humana seja prevista pelo Direito e, com isso, seja transformada em relação jurídica quando surge o fato jurídico específico que lhe dá causa a partir de uma relação social pré-existente. Explicando de outro modo: o Direito cria uma relação jurídica onde já havia uma relação entre as pessoas, de fato. Esta relação fática ganha o *plus* da juridicidade. Por exemplo: o casamento e a união estável surgem no mundo jurídico a partir de uma relação fática pré-existente. O que distinguirá uma situação da outra serão os requisitos específicos do fato jurídico que origina cada um. O contrato surge a partir de uma relação fática entre os contratantes. Esta relação fática recebe o *plus* da juridicidade.

De outro lado, há relações jurídicas que surgem no mundo jurídico exclusivamente, sem que exista uma relação fática correspondente. São relações humanas determinadas, postas, criadas pelo Direito, exclusivamente. Desta forma, observa Pontes de Miranda

A relação jurídica básica distingue-se da relação intra-jurídica ou eficaz, em que aquela é a juridicização de relação, e essa só é oriunda da eficácia do fato jurídico. A relação de parentesco é a relação jurídica básica; também o é a de nacionalidade *iure sanguinis* ou *iure soli*, a de domicílio, a de personalidade, a de posse (qualquer que seja a teoria sobre ser direito ou fato), a de propriedade. A relação entre devedor e credor é relação jurídica básica ou eficaz. A relação entre vendedor e o comprador, que já recebeu a coisa, se ainda não procedeu a transcrição do título, é relação jurídica básica. Todas essas relações podem ser objeto de ações declaratórias, positivas ou negativas. A obrigação de pagar despesas feiras pelo possuidor anterior, com que o possuidor de agora recebeu o bem imóvel a esse, pelo terceiro que obtém a restituição, é relação intra-jurídica.¹¹²

Pontes de Miranda denominou as relações humanas juridicizadas pelo Direito de Relações Jurídicas Básicas. E as relações jurídicas produzidas dentro do mundo jurídico, de Relações Jurídicas Eficácias ou Intrajurídicas. Marcus Bernardes de Mello, revisando tais conceitos, preferiu se referir a tais relações como Relações Jurídicas Fundamentais e Relações Jurídicas Consequenciais. Rever tal

¹¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, p.120-121.

denominação e explicá-la tornou-se necessário, segundo o autor, visto que toda relação jurídica é gerada como efeito de um fato jurídico, seja ela recebida como relação fática e juridicizada, ou ela apenas criada no mundo jurídico¹¹³.

Percebe-se que as relações jurídicas fundamentais carregam consigo elementos essenciais à incidência da norma jurídica, ou seja, essenciais à criação do fato jurídico que possibilitará a juridicização da relação humana. Toda a discussão sobre a distinção entre relação de consumo e relação de trabalho é, na verdade, uma discussão sobre a busca dos elementos do suporte fático abstrato que distinguirão estas relações, tendo em vista o caráter classificador das normas jurídicas. Dito de outra forma, é a busca, nas normas do ordenamento jurídico, dos elementos fáticos abstratamente previstos que delineiam a distinção entre cada tipo de relação.

A norma jurídica é estruturada através da previsão de um fato (ou conjunto de fatos) e da imputação de uma (ou mais) consequência (s). Os fatos prescritos pela norma jurídica podem ser fatos da natureza ou do animal (eventos), ou condutas. Não há contradição nessa afirmação. A norma pode descrever fatos da natureza e do animal sempre que tais fatos tiverem repercussão na esfera social, sendo a imputação de consequências justamente a regulação do como agir dos seres humanos diante daqueles fatos.

Por exemplo: todos nos guiamos atualmente pelas horas do dia. Almoçamos, trabalhamos, temos lazer, em determinados horários, normalmente predeterminados por nós mesmos ou por nossas relações com outras pessoas. Para se economizar energia elétrica, no verão, decidiu-se aproveitar os horários dos afazeres diários durante o período de maior luminosidade do sol. Assim, em vez de se determinar que o sol se ponha mais tarde (impossível do ponto de vista lógico, o Direito não pode alterar a natureza das coisas), determina-se que a partir de tal data (início do período em que o sol passa a se pôr mais tarde), todos adiantem seus relógios em uma hora. Assim, a norma prevê um fato e prescreve uma consequência que, nesse caso, é a adoção de determinada conduta por todos. A consequência poderia ser uma omissão, um não-fazer humano.

Nessa simples estrutura, estão predispostos pela norma os dois momentos relevantes da juridicidade: o fato jurídico e a eficácia jurídica. Toda norma jurídica,

¹¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 188.

ao prever fatos, está selecionando que fatos são relevantes para o Direito, e, por exceção, quais não são. Assim, ao ocorrerem os fatos relevantes para o Direito, esses são marcados com o timbre da juridicidade e passam a ser tratados como fatos jurídicos. Ingressam no mundo jurídico. Esse momento concreto em que surge o fato da vida é acompanhado por um fenômeno ideal e abstrato que caracteriza a juridicização com a ocorrência completa dos fatos (suporte fático) previstos pela norma.

Os elementos que comporão o suporte fático estão previstos abstratamente nas normas jurídicas. Dessa forma, é na norma jurídica que devem ser buscados os dados diferenciadores dos diversos tipos de fatos jurídicos. E, nesse ponto, podem ser elementos fatos de diversas espécies, tais como, ações, omissões, dados da mente (intenção, boa-fé, má-fé, afeto). Os limites são a natureza das coisas e aquilo que a própria sociedade entender como limite, em determinada época.

Além da previsão dos fatos relevantes para o Direito, a norma prevê as consequências a serem observadas no mundo jurídico sempre que tal conduta vier a ocorrer. É a eficácia jurídica. Tais consequências podem ser estabelecidas de forma variada, tendo como limites, apenas, a natureza das coisas. Qualquer outro limite decorre do próprio ser humano, da política, de outras normas que impedem certas consequências porque a sociedade decidiu que certo efeito não é desejável (por exemplo, certas formas de sanção penal, conforme previsto na Constituição).

O mundo jurídico se dá com a concreção dos suportes fáticos e a consequente incidência. Conforme lição de Pontes de Miranda

1. Fato jurídico e eficácia jurídica. A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é prius; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático, sobre o qual ela incide.¹¹⁴

Pontes de Miranda nos explica que a incidência se dá com a concreção dos elementos essenciais à existência do fato jurídico, chamados elementos nucleares do suporte fático. Há, portanto, elementos que não possuem a função de definir a

¹¹⁴ Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 5, p. 34.

existência, mas estão vinculados à validade e à eficácia final do fato jurídico (complementares e integrativos, respectivamente).¹¹⁵

Concretizados os elementos nucleares, ocorre, necessariamente, a incidência, infalível, visto que esta se dá no plano da abstração, dito também, no mundo dos pensamentos.¹¹⁶ A própria idéia de norma jurídica é algo abstrato. É uma regra criada por quem a sociedade conferiu poder para tanto.¹¹⁷ A idéia de fato jurídico também é abstrata. Ele não se distingue dos outros fatos da vida no plano concreto, mas no plano das ideias.

Portanto, nossa busca é por tais elementos, essenciais à incidência normativa, com o intuito de verificar se existem distinções, ou se há normas jurídicas que definam relações jurídicas que são, ao mesmo tempo, regidas pelas regras consumeristas e sejam relações de trabalho, sendo julgadas pela Justiça do Trabalho, portanto.

4. 2 Distinção Tradicional entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego

O conceito relação de emprego e relação de trabalho há muito é tratado pela doutrina, sendo tal conceito relativamente sedimentado. Relação de trabalho sempre foi considerada gênero, da qual a relação de emprego era tratada como espécie, ao lado de outras relações jurídicas consideradas de trabalho. Conforme esclarece Estevão Mallet

Relação de trabalho é conceito mais amplo do que relação de emprego. Cuida-se, ademais, do conceito que já estava sedimentado em doutrina. Abrange todas as relações jurídicas em que há prestação de trabalho por pessoa natural a outra pessoa, natural ou jurídica, tanto no âmbito de contrato de trabalho (art. 442, da CLT) como, ainda no contrato de prestação de serviços (593 e seguintes do Código Civil), e mesmo no de outros contratos, como os de transporte, mandato, empreitada, etc.¹¹⁸

No mesmo sentido, Pontes de Miranda já esclarecia que:

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-62

¹¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, p. 16.

¹¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.

¹¹⁸ MALLETT, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da justiça do trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 71, n. 2, p. 200, maio/ago. 2005.

Nos sistemas jurídicos, dentre os contratos em que alguém promete atividade em serviço e em interesse de outrem (locação de serviços, locação de obra, ou, simplesmente, contrato de obra, mandato, contrato de corretagem, contrato de depósito), na primeira plana está a locação de serviços, contrato que manteve a sua natureza e sua estrutura, enquanto se distinguiu e envolveu o contrato de trabalho. Em sentido geral, o contrato de locação de serviços é aquele em que se prometem prestações de serviços, mediante contraprestação de remuneração. Em sentido mais estreito, é o contrato de serviços temporários, com permanência do princípio do autogoverno da vontade (princípio da autonomia da vontade). Tal princípio sofre profundas alterações no contrato de trabalho.¹¹⁹

A forma mais geral até então prevista de relação de trabalho seria o contrato de locação de serviços, caracterizado por qualquer contrato em que houvesse promessa de prestações de serviço mediante remuneração. Por sua vez, tal contrato já cumpria, no Código Civil, uma função subsidiária. Ou seja, não havendo outro contrato específico previsto na legislação civil, as normas aplicáveis seriam as da locação de serviço, sempre que estivéssemos diante de uma promessa de prestar trabalho, independente da vinculação ou não de um resultado, mediante remuneração. A primeira forma de especialização surgiu com a empreitada, onde há os elementos da locação de serviço, acrescidos de outro, o resultado prometido pelo empreiteiro. Apenas o trabalho em si não seria suficiente para distinguir uma figura da outra. Em suas palavras: “Também o trabalho, em si, não distingue o contrato de serviços e o de empreitada”.¹²⁰

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado aduz que a relação de trabalho:

refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada no labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.¹²¹

A relação (jurídica) de trabalho surge a partir de um contrato que possui como elemento essencial a promessa de uma prestação humana a alguém. É o primeiro

¹¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47, p. 12.

¹²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964. t. 47, p. 9.

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 285-286.

elemento essencial caracterizador da relação de trabalho. Dessa forma, encontramos este elemento na prestação de serviços, na empreitada, no mandato, entre outras figuras previstas na legislação. Todavia, cada figura trará algum elemento diferenciador, que o especializa.

Percebe-se que, dentro do gênero dos contratos que envolvem prestação de trabalho, há aqueles que podem ser remunerados, estando no campo da prestação de serviço e há, ainda, há possibilidade de serem gratuitos.

Dentro do campo da prestação de serviço, a especialização que nos interessa inicialmente é a que originou o contrato regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), comumente chamado de contrato de trabalho. Observe-se que, no momento histórico em que surgiu, a forma mais comum de contratação de trabalho humano era a caracterizada como emprego. Na primeira metade do século XX, no Brasil, inúmeros direitos foram pleiteados e algumas categorias específicas vieram a obtê-los. Entretanto, apenas com a CLT esses direitos se generalizaram para toda a classe trabalhadora da época. Tal contrato foi delineado de forma específica através dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. A partir da interpretação desses dispositivos encontram-se os elementos essenciais para definir o que é emprego. *In Verbis*

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência desse e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

A partir de destas normas, encontram-se visíveis os elementos caracterizadores da relação de emprego, a saber: a) trabalho prestado por pessoa física; b) com pessoalidade; c) mediante remuneração; d) de caráter não-eventual; e, e) com subordinação.

Percebe-se claramente que apenas há relação de emprego quando aquele que promete prestar a atividade é pessoa física, sendo excluídas, portanto, outras espécies de sujeito de direito. A pessoa se compromete a executar pessoalmente as atividades que lhe forem submetidas, sendo vedado, portanto, fazer-se substituir por outrem, sendo a atividade envolvida não-eventual e, ainda, comprometendo-se a se submeter ao à “disciplina organizatória do empregador¹²²” do empregador.

Por outro lado, o contrato envolve uma contraprestação ao empregado, representada pelo salário e, ainda, envolvendo todos os outros direitos estabelecidos pela Constituição, pela legislação infraconstitucional, ainda, pelas convenções coletivas existentes.

Assim, dos elementos essenciais exigidos para caracterizar um contrato de prestação de serviço, somaram-se outros que o especializaram. Caso sejam retirados alguns dos elementos da relação de emprego, duas são as possibilidades: a) descaracteriza-se a relação de emprego, mas se mantêm os elementos mínimos essenciais para caracterizar a prestação de serviços; ou, b) descaracterizar-se-ia a própria prestação de serviços, incidindo, no caso, outras normas. Exemplificando a primeira situação, temos as tradicionais figuras do trabalho autônomo e do trabalho eventual.

O autônomo exerce sua atividade sem subordinação jurídica. Assim, ele não está submetido à organização do tomador, apenas sendo responsável especificamente pelo serviço que prometeu. Algumas profissões autônomas possuem regulação específica (Advogado), outras restam reguladas apenas pelas disposições gerais do Código Civil. A falta de subordinação provoca, no autônomo, uma segunda consequência, cabe a ele suportar os riscos de sua atividade.

O trabalho não-subordinado caracteriza-se- pelo fato de que a “direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador do trabalho¹²³”. Observe-se que o conceito de dependência, conforme dito acima, é o enquadramento na disciplina organizatória da empresa. Pontes de Miranda já alertava sobre possíveis equívocos

¹²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47, p. 74.

¹²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 334.

O trabalhador subordinado, ou dependente, é aquele que fica sob as ordens e a disciplina do empregador. Não se pode reduzir tal subordinação ou dependência à subordinação ou dependência econômica, porque os trabalhadores independentes, ditos autônomos, são economicamente dependentes. Também não se pode dizer que a dependência seja só jurídica: o advogado ou médico da empresa, em que é empregado, juridicamente não depende, como também juridicamente não dependeria o que não fosse empregado; a dependência resulta do enquadramento e da disciplina organizatória. Se dependência jurídica existe, tal dependência jurídica resulta da vinculação a prestar serviços, e não é a essa que se alude quando se distingue do trabalhador dependente o trabalhador independente.¹²⁴

O trabalhador eventual, por sua vez, exerce uma atividade remunerada para o tomador, no entanto, pela natureza esporádica do serviço prestado sem relação direta com a atividade fim da empresa, deixa de incidir sobre o ele as normas relacionadas ao emprego. Observe-se que, neste caso, pode até estar eventualmente subordinado à empresa, submetendo-se de alguma forma à sua organização, mas, por referir-se à atividade desvinculada do objeto principal de exploração da atividade, exclui-se também esta figura da legislação trabalhista.

Importante salientar que os elementos encontrados pela doutrina para distinguir autônomo e eventual do empregado não possuem previsões específicas em nossa legislação. Não há uma figura tipificada que regule o contrato de trabalho com o autônomo ou com o eventual. Portanto, há como objeto a promessa de se prestar “toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho¹²⁵”, seja qual for sua natureza. Entre os contratos que envolvem relação de trabalho típicos, temos comumente relacionados os seguintes

E inseridos nesta nova dimensão do contrato de trabalho (contrato que materializa uma “relação de trabalho”) estariam tipificados no ordenamento jurídico brasileiro: (1) o contrato de emprego; (2) o contrato de trabalho avulso; (3) o contrato de prestação de serviços; (4) o contrato de empreitada; (5) o contrato de estágio; (6) o contrato de residência médica; (7) o contrato de trabalho desinteressado; (8) o contrato de mandato; (9) o contrato de comissão; (10) o contrato de agência e de representação comercial; (11) o contrato de distribuição; (12) o contrato de corretagem; (13) o contrato entre a cooperativa de trabalho e o cooperado.¹²⁶

¹²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964. t. 47, p. 73-74.

¹²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 176.

¹²⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. **Relação de trabalho na Constituição**: fundamentos para uma interpretação razoável da nova competência da justiça do trabalho à luz da EC n. 45/04. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 48-49.

Observe-se que o rol é meramente exemplificativo, visto que vigora em nosso ordenamento a regra da não-taxatividade dos contratos. Desta forma, qualquer atividade lícita pode ser objeto de contrato, mesmo que não haja um tipo específico de contrato previsto no ordenamento. Exemplo ainda atual, apesar de não configurar relação de trabalho, é o do contrato de fornecimento, através do qual alguém se compromete a entregar determinados produtos, de forma regular (água, gás, bebidas, etc.). Estes contratos ficam regulados pelas regras gerais atinentes aos contratos, sendo maior o âmbito de liberdade de atuação.

E, curiosamente, alguns destes contratos tanto podem ser relacionados a empregado como a não-empregados. Exemplo disto é o mandato e a corretagem. É possível que o mandatário e corretor sejam empregados do tomador do serviço, como também tais sujeitos podem ser prestadores de serviços eventuais ou autônomos.

Tais implicações e sobreposições tornam difícil a distinção entre relação de trabalho e relação de consumo, visto através da mera tipificação tradicional do contrato (corretagem, mandato, prestação de serviço) não é possível, desde logo, distinguir que espécie de relação jurídica surgiu (consumo ou trabalho). Diante disto, analisemos os elementos caracterizadores da relação de consumo, em seguida, passemos a efetuar a distinção entre relação de trabalho e relação de consumo, identificando os elementos essenciais caracterizadores.

4.3 As Relações de Consumo

A Constituição Federal não definiu o que é relação de consumo, deixando para o legislador ordinário fazê-lo. As referências às relações de consumo são esparsas. Destacam-se as previsões do Art. 5º no que se refere ao dever de proteger especialmente o consumidor, do art. 170 quando se eleva a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica e nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao determinara edição de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o que de fato foi feito. Apesar da vagueza destas disposições, algo deve ser destacado. A determinação constitucional não é de se regular, simplesmente, às relações de consumo, mas de se proteger, de forma especial, o consumidor. Desta forma, o constituinte reconheceu como princípio basilar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

O legislador, ao caracterizar a relação de consumo preferiu definir seus elementos, com todos os riscos envolvidos. A intenção certamente foi excluir a possibilidade de dúvidas, incertezas ou diminuição da tutela a partir de situações concretas que gerassem decisões contrárias à intenção do constituinte de proteger o consumidor.

Inicialmente, nos artigos 2º e 3º, o legislador definiu consumidor, fornecedor e o objeto da relação de consumo. A partir dessas definições podemos compreender os elementos essenciais. Contudo, com o risco de ser repetitivo, reafirmo: a relação de consumo não surge do nada, surge a partir de determinado fato jurídico.

4.3.1 Consumidor

O art. 2o. do CDC estabelece, *in verbis*

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Iniciemos esclarecendo o que o CDC não diz: a relação de consumo tem como base um fato jurídico do tipo negócio jurídico. Todas as disposições do CDC giram em torno de contratos ou de negócios jurídicos unilaterais estabelecidos entre sujeitos que foram denominados de consumidor e fornecedor. Interessante posicionamento do legislador visto que não restringiu a relação de consumo a determinados tipos de negócios jurídicos, mas a qualquer negócio jurídico que possua como base determinados elementos. Na classificação pontea, nucleares, pois essenciais à incidência. Do tipo completante, uma vez que completam o núcleo apenas especializando-o, sem definir essencialmente o momento da incidência.

Ao definir os sujeitos, elenca qualidades dos sujeitos necessárias para a incidência da norma consumerista, gerando relações de consumo. Em relação ao consumidor, estabelece, inicialmente, que é todo aquele que **adquire ou utiliza como destinatário final**. Destaque-se a parte final, e antes de tudo, consumidor é o destinatário final, ou seja, aquele que adquire ou utiliza para si mesmo, sem inserir o produto numa cadeia produtiva, ou mesmo, sem repassar para outros de forma onerosa.

Um dos avanços está na inclusão do utente. Perceba-se, quem adquire é o sujeito que realizou o negócio jurídico, aquele que contratou, adquirindo determinada

coisa ou determinado serviço. Contudo, aquele que utiliza como destinatário final foi incluído como sujeito da relação de consumo em que pese nem sempre ser sujeito do negócio jurídico oneroso. Evidente abertura frente ao clássico princípio da relatividade dos contratos, em que não há prejuízo tampouco benefício a terceiros.

Quem ganha presentes em sua festa de aniversário recebe-os de alguém, que não é o vendedor ou fabricante daqueles produtos, e os recebe gratuitamente. Contudo, quem compra presentes para um ente querido não tem qualquer controle ou participação na criação, desenvolvimento, transporte ou venda do produto entregue. Desta forma, qualquer dano causado àquele que utiliza, ou mesmo vício, geraria, frente à legislação civil geral, certos inconvenientes, a saber: a) o legitimado para buscar o vendedor no intuito de reclamar o vício seria o comprador; e b) a responsabilidade civil pelos danos decorrentes de vício redibitório apenas envolve o dolo, de forma que danos causados aos consumidores, meros utentes, que receberam gratuitamente de alguém não possuiriam direito a ressarcimento, apenas para citar duas situações previstas pela legislação civil.

Desta forma, criar uma relação jurídica entre quem é o fornecedor e aquele que utiliza é decorrente do ato jurídico inicial, alguém adquiriu, acrescido do ato-fato jurídico da utilização, visto que irrelevante à vontade, a utilização por alguém. Importante distinção visto que nem todo ato humano previsto pelo direito tem como elemento essencial a vontade. No caso em tela, para a incidência do Código de Defesa do Consumidor basta a utilização, sendo irrelevante a vontade do sujeito para a incidência de tal norma. Daí a classificação de tal fato como ato-fato jurídico, conforme explicitado na classificação ponteano dos fatos jurídicos.¹²⁷ Assim, os utentes também terão toda a proteção do Código de Defesa do Consumidor, de forma igual.

Esse aparentemente simples artigo 2º gerou, e ainda gera, grandes discussões em função do conceito até então prevalecente de consumidor, vinculado especificamente às pessoas físicas, com a inserção da expressão **destinatário final**, provocando uma divisão na doutrina pátria entre minimalistas (ou finalistas) e maximalistas.

A discussão se inicia em função da opção por conceituar consumidor, estabelecendo um conceito próprio e específico, ao lado de outros possíveis. O

¹²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134.

termo consumidor¹²⁸¹²⁹, em um sentido meramente etimológico, tem o sentido de fazer desaparecer pelo uso, gastar, destruir, despender. Em um sentido econômico, consumir é a última etapa da cadeia produtiva, sendo portando, nesse sentido, consumidor o destinatário. Em um sentido sociológico consumidor é o elemento pertencente a uma determinada classe social. Relaciona-se, nesse ponto, o movimento consumerista aos movimentos trabalhistas, sindicalistas. Em um sentido psicológico, consumidor é o sujeito sobre o qual se destinam estudos para determinar as reações do indivíduo com o intuito de determinar as reações e motivações do ato de consumir. Nas faculdades de Administração, por exemplo, é comum encontrar a disciplina “Comportamento do Consumidor”.

O conceito jurídico de consumidor, mesmo tendo agregado elementos eminentemente econômicos, ao referir-se ao destinatário final, inovou com a inclusão das pessoas jurídicas. A junção das pessoas jurídicas à idéia de consumidor, aliado ao tratamento desigual que recebe o consumidor, gerou a referida divisão doutrinária. Nesse sentido, o posicionamento de José Geral Britto Filomeno é exemplar:

Com efeito, não se enquadra como consumidora, na definição estabelecida pelo art. 2º., *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, a pessoa jurídica, em qualquer situação. E isto porque, em suma, embora ali se contemple a pessoa jurídica como consumidora, o que deve ser interpretado, *já que a lei não contém palavras inúteis*— embora contrarie a epistemologia mais pura do direito consumerista mundial, vez que apenas as pessoas naturais ou físicas mereceriam uma tutela especial face de sua *vulnerabilidade* -, carece a pessoa jurídica, em geral, do caráter de destinatário final de produtos e serviços. Isto porque, em sua grande maioria, referidos produtos e serviços são adquiridos e contratados como insumos intermediários para a produção de outros bens ou serviços.¹³⁰

Observe-se que apesar da inclusão legal, o referido autor, continua resistente à idéia de que a pessoa jurídica possa ser considerada consumidora. Explica-se tal visão a partir de uma visão restritiva do que vem a ser destinatário final. Assim, a pessoa jurídica, quase sempre, adquire bens e serviços como parte do seu processo de produtivo. Indiretamente, nega à pessoa jurídicas o caráter de vulnerável.

¹²⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.17.

¹²⁹ LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: QuartierLatin, 2003. p. 108-115.

¹³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 29.

Hélio Zagueto Gama¹³¹, por sua vez, esclarece que a teoria maximalista é adotada em alguns Estados americanos e, segundo esta, consumidor seria “a pessoa posicionada na condição de vulnerabilidade”. Tal concepção seria um contra-senso do que fora adotado no Brasil, mas a partir dela, desenvolveu-se a idéia de cinco espécies de vulnerabilidade

[...] a Técnica, representada pela falta de conhecimento sobre o produto ou serviço adquirido; Jurídica, representada pelo desconhecimento nas áreas jurídica, contábil e econômica; Fática, representada pelo desconhecimento das regras ordinárias da experiência; a Sócio-econômica, representada pela baixa renda ou nível cultural inferior; e a Insuficiência no Mercado, representada pela pessoa jurídica atuando fora da sua área de atividades.¹³²

Conclui esse autor que no Brasil está ultrapassada a teoria maximalista, admitindo nosso Direito apenas a teoria finalista. Argumenta o autor que o consumidor pode ser ou não vulnerável. O não ser vulnerável não tiraria sua qualidade de consumidor, conforme se observa da possibilidade, estabelecida pelo CDC de diminuição contratual da indenização (cláusula de não indenizar) quando o consumidor for pessoa jurídica. Qualquer visão diferente, em sua opinião, deve ser “remetida para o campo dos equívocos jurídicos”.¹³³

Partindo de uma premissa diametralmente oposta, Cláudia Lima Marques chega à mesma conclusão: nosso código é finalista ou minimalista; assim é essencial a vulnerabilidade do consumidor, sendo esta presumida em se tratando de pessoa física, devendo ser provada, caso se trate de pessoa jurídica. Em suas palavras

Em outras palavras, interpretando-se a expressão legal “destinatário final” no sistema do CDC ou pelo método lógico-sistemático, observamos que esse Código positiva os princípios que devem guiar a interpretação de suas normas no art. 4º., reconhecendo a necessidade de proteção do vulnerável (princípio da vulnerabilidade do art. 4º., I), da boa-fé e do equilíbrio (princípio da boa fé e proteção da confiança do art. 4º., III). Interpretando a expressão “destinatário final” conforme a Constituição [...] e conforme os princípios positivados no CDC para definir o campo de aplicação desta lei [...], destaca-se a importância da vulnerabilidade do agente para que possa ser considerado consumidor. (...) A interpretação, especialmente do art. 2º. do CDC, deve ser finalista.¹³⁴

¹³¹ GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 9-11.

¹³² GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10.

¹³³ GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 380-381.

Concordando com a vulnerabilidade do consumidor como elemento caracterizador, João Batista de Almeida, esclarece que o destinatário final do produto ou serviço independe da utilização profissional ou não do bem. O relevante seria a “ausência da finalidade de intermediação”.¹³⁵ Dessa forma, o advogado que compra um computador seria consumidor, apesar do uso profissional do bem, ele não o compra para repassar, sendo o destinatário final. Nesse mesmo sentido, Felipe Peixoto Braga Netto esclarece que a jurisprudência reconhece as ampliação do conceito de destinatário final, trazendo como exemplo a situação já julgada da empresa do ramo farmacêutica sendo considerada consumidora frente à operadora de cartões de crédito ou ainda o agricultor sendo considerado consumidor na compra de adubo.¹³⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que é de se aplaudir a tendência da jurisprudência brasileira em adotar uma postura que amplie o conceito de consumidor, por outro lado, em certas hipóteses (art. 17, art. 29) a distinção entre consumidor intermediário e consumidor final é irrelevante. E, conclui, reconhecendo a vulnerabilidade como um dos elementos essenciais a caracterizar a relação de consumo, em suas palavras

Seja qual for a dimensão que se adote para o consumidor, incluindo ou excluindo o consumidor intermediário, o direito há muito afastou-se da hipossuficiência. Objetivamente, na relação de consumo, ele sempre é a parte mais vulnerável, mesmo quando é de fato economicamente mais forte.¹³⁷

Conforme se observa, a discussão entre finalistas (minimalistas) e maximalistas perde seu sentido diante das opções expressamente adotadas por nosso legislador. Inicialmente, conforme já nos posicionamos, estamos diante de uma relação jurídica de Direito Privado e, portanto, o reconhecimento de uma desigualdade está fundado em elementos fáticos que justificam o tratamento desigual. Quando a Constituição Federal determina que o consumidor merece proteção especial está, implicitamente, reconhecida a vulnerabilidade do consumidor. O legislador, cumprindo o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, optou por determinar a proteção do destinatário final do produto ou

¹³⁵ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

¹³⁶ NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2007. p. 55-56.

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 42.

serviço, o que significa, em certos momentos, proteger o consumidor intermediário que, diante de certo produto, é o destinatário final.

A relevância disto tudo é o reconhecimento, de uma maneira ou de outra, da vulnerabilidade como o traço distintivo, não necessariamente vulnerabilidade econômica (hipossuficiência), mas sempre uma vulnerabilidade decorrente da posição que ocupa no mercado de consumo.

Ampliando ainda mais a ideia protetiva, temos o parágrafo único do código de defesa do consumidor que estende a proteção também às coletividades de pessoas, determináveis ou não. Podemos lembrar aqui da sociedade de fato e do condomínio, que podem eventualmente intervir na relação de consumo, para que seus membros venham a adquirir ou utilizar algum produto. Além desses, o que seria uma interpretação simplória da norma, observe-se a extensão de proteção um grupo, classe ou categorias de sujeitos relacionados a determinado produto. Tais situações são pormenorizadas no art. 81 do CDC, no que se refere à proteção de direitos difusos e coletivos.¹³⁸

Por sua vez, o art. 17 do CDC que esclarece “Para os efeitos desta Seção¹³⁹, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Observe-se que o referido artigo indica o surgimento de uma relação jurídica entre o fornecedor de produtos ou serviço (fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, bem como o fornecedor de serviços) e alguém, um terceiro, que sofreu danos decorrentes de evento provocado pelo produto posto no mercado ou pelo serviço desenvolvido.

Novamente, estamos diante de determinado fato jurídico o que possui como efeito a criação de uma relação jurídica entre o terceiro e o fornecedor. Na gênese, temos alguém que realizou um negócio jurídico, adquirindo determinado produto ou serviço. Por sua vez, ocorrendo um fato danoso, independentemente da existência de culpa (como regra nas relações de consumo), gerará tanto o dever de indenizar o consumidor (adquirente e/ou utente) bem como terceiros, que eventualmente venham a ser atingidos pelo evento danoso.

Novamente, a extensão da proteção tem a função de corrigir eventuais injustiças em determinadas situações concretas. A regra geral do Código Civil é a

¹³⁸ FILOMENO. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 32-33.

¹³⁹ BRASIL. Lei 8.078/90: Código de Proteção e Defesa do Consumidor, referindo-se à seção II, do capítulo IV: responsabilidade por fato do produto e do serviço.

responsabilidade subjetiva pelos danos causados, ou seja, decorrente de culpa. Assim, se determinado produto posto no mercado causasse dano a alguém que não fosse o consumidor, conforme previsto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a vítima do evento danoso teria que provar ou a culpa do consumidor ou a culpa do fabricante, tarefa tormentosa seja qual for a situação envolvida.

Já o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor estabelece “Art. 29. Para os fins desse Capítulo¹⁴⁰ e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Desta forma, não apenas surge uma relação jurídica de consumo a partir da aquisição de produtos ou serviços, mas a simples oferta, por si só, já gera relações jurídicas, pela mera exposição de alguém às práticas previstas nos capítulos V e VI do CDC: oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, cadastros e proteção contratual. As consequências são importantes, tanto no campo da proteção individual como no campo da proteção de direitos difusos e coletivos.

Passemos, agora, a observar a figura do fornecedor, visto que também, na definição legal, encontramos elementos essenciais para determinar a incidência do CDC.

4.3.2 Fornecedor

Estabelece o art. 3º do CDC

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O foco inicial distintivo, portanto, deve estar na ideia de “desenvolvimento de atividade”. Desenvolver atividade pressupõe uma sucessão de atos coordenados para atingir determinada finalidade.¹⁴¹ A partir desta noção, excluem-se da incidência do CDC aqueles que, apesar de estarem praticando alguma atividade que

¹⁴⁰ BRASIL. Lei 8.078/90: Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

¹⁴¹ LOBÔ, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 41.

poderia ser denominada fornecimento, não o fazem de forma sistemática. Vender ou assumir alguma obrigação de fazer, mesmo que de forma remunerada, sem que caracterize uma atividade nesse sentido, não caracteriza relação de consumo.

Outro dado relevante do referido artigo que o legislador procurou ser o mais abrangente possível. Inicialmente, incluiu como fornecedor todo e qualquer sujeito de Direito. Não restringiu a tipo de atividade, nem a finalidade lucrativa no desenvolvimento da atividade. Tal abrangência é útil, visto que há em nosso ordenamento sujeitos de direito que não são pessoas, desenvolvendo atividade no mercado de consumo, bem como pessoas jurídicas sem fins lucrativos, o que significa dizer que há relações de consumo, em que pese serem relações que envolvem o mercado, não estão restritas às relações entre o consumidor e sujeitos que desenvolvem atividade de empresa. Nesse sentido, esclarece José Geral Brito Filomeno que “[...] são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despendendo indagar-se a que título,[...]”.¹⁴²

Quanto ao conceito de fornecedor, Newton de Lucca critica a doutrina consumerista ao pouco tratamento dado à matéria. O autor ressalta que José Geraldo Brito Filomeno dedicou apenas duas páginas para tratar do fornecedor, Cláudia Lima Marques e Fábio Ulhoa Coêlho apenas uma página, Alberto do Amaral Júnior não tratou do tema, entre outros autores citados.¹⁴³ Tal observação é relevante ao nosso estudo, visto que diante do conflito entre relação de trabalho e relação de consumo, uma das soluções possíveis é considerar o trabalhador não empregado como fornecedor de serviços.

Sabe-se que, no Código Civil em vigor, a ideia de empresa como atividade econômica organizada com o objetivo de obter lucro está no centro das atividades antes regidas pelo Código Comercial. Por sua vez, existem sujeitos que podem oferecer seus produtos e serviços no mercado, mesmo não sendo, regular ou irregularmente, empresas. Nesse sentido

É a atividade que qualifica o outorgante como fornecedor, para os fins legais, e converte a relação negocial em relação de consumo. Se o bem ou serviço foram entregues mediante ato que não compõe a atividade de quem entregou, a relação negocial é regida pelo direito comum, não se

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.

¹⁴³ LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: QuartierLatin, 2003. p. 133, nota 329.

configurando o modelo de fornecedor previsto na lei (art. 3o. do Código do Consumidor).¹⁴⁴

Nesse ponto reside o avanço e o nó górdio que foi desvelado com a mudança de competência da Justiça do Trabalho. Conforme se observa acima, qualquer prestação de serviço oferecida no “mercado de consumo mediante remuneração” que não possua “caráter trabalhista” é relação de consumo. Então, se alguém desenvolve atividade de prestação de serviço de forma remunerada possui os elementos subjetivos necessários para ser considerado fornecedor.

Voltando à ideia de fato jurídico: só haverá relação de consumo quando, de um lado, houver o destinatário final de produto ou serviço e, do outro, aquele que desenvolve atividade (conforme art. 3º.) no mercado de consumo, mediante remuneração (direta ou indireta), no que diz respeito à relação de consumo padrão (*consumidor standard*). Nas outras situações de equiparação a consumidor, da mesma forma, o fornecedor deve apresentar essas qualidades indicadas no Código de Defesa do Consumidor; Caso contrário, não haverá incidência dessa norma e, por consequência, não surgirá uma relação jurídica de consumo.

Imagine-se a diarista que, de forma sistemática e organizada, oferece seus serviços para quem deles precise, de forma eventual, mediante remuneração a alguém que é o destinatário final de seu serviço, fazendo semanalmente publicidade em jornal de circulação local, nos classificados. Diante de uma relação jurídica desse porte, o contratante dos serviços seria considerado consumidor e, portanto, presumivelmente vulnerável, recebendo toda incidência do Código de Defesa do Consumidor. É verdade que, sendo considerado autônomo, exclui-se a responsabilidade objetiva, devendo haver prova da culpa, contudo, no mais, resta aplicável a legislação consumerista.

Não há como não voltar à ideia de relação jurídica e o fundamento da proteção de determinados sujeitos. A presunção, no ordenamento, é o da igualdade. A própria Constituição, por sua vez, demonstra que vislumbra a isonomia, não apenas a igualdade formal e, ela própria, aponta vários sujeitos que merecem proteção especial: a mulher, a criança e o adolescente, o idoso, o índio, a microempresa, para citar alguns. Assim, temos a presunção de igualdade como

¹⁴⁴ LOBÔ, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 41.

regra, sendo a desigualdade exceção, e tomada a partir de dados específicos que justifiquem o tratamento desigual.

Decorrente disto mesmo, temos um tratamento diferenciado destinado ao consumidor e ao trabalhador, fato que nos leva à necessidade de distinguir os momentos em que cada um desses sujeitos merece proteção especial e, ainda, os elementos essenciais para estabelecer tal distinção.

4.4 Da necessidade de distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Consumo – Proteção àquele que necessita

A primeira questão a esclarecer é a da necessidade de se colocar em campos diferentes de atuação, sem qualquer possibilidade de sobreposição, a relação de trabalho e a relação de consumo.

Inicialmente, podemos verificar esta necessidade a partir da finalidade da reforma do judiciário e do destinatário da proteção. Conforme observamos no capítulo I, a reforma do judiciário teve o escopo de propiciar ao judiciário elementos que o façam superar alguns de seus problemas históricos, proporcionando mais acesso à justiça. O acesso à justiça compreendido em sentido amplo, levando em consideração não só a possibilidade em si de buscar o judiciário, mas que este esteja dotado de instrumentos que garantam às partes a efetiva tutela jurisdicional, bem como, quando for o caso, iguais possibilidades às partes envolvidas.

A alteração do art. 114 da Constituição Federal se insere no campo do “mundo do trabalho”, alterando a tradicional vocação do Judiciário Trabalhista de tutelar as relações de emprego. Assim, conforme observado no capítulo II, vislumbra-se que a alteração tem sua razão de ser a partir do Estado Social, que deixa de ser mero espectador, para intervir decisivamente nas relações sociais. Um instrumento do Estado, a Justiça do Trabalho, passa a atingir não só as relações de emprego e, excepcionalmente, relações de trabalho, para buscar de uma maneira geral as ações oriundas das relações de trabalho.

Por sua vez, a alteração do judiciário deve se coadunar aos compromissos já assumidos pelo constituinte originário. Elegemos, como Direitos Fundamentais, tanto a proteção ao consumidor como a proteção ao trabalhador, tal compromisso eminentemente substancialista, lega às gerações futuras um norte, um caminho a

trilhar. Enfim, ambos possuem seu lugar no mercado, devendo ambos ser protegidos.

Conforme observamos, a partir da década de 1970, o que se percebe no mundo é uma profunda alteração no processo produtivo. Até então, dominava o processo fordista que privilegiava a forma de trabalho compreendida no Brasil como relação de emprego. Contudo, a partir daquele momento, passa a vislumbrar-se as relações de produção de forma diferente, apesar de estarmos diante do capitalismo, este procurava formas de ganho maiores no contexto vigente. Nesse sentido

No que tange às mudanças na organização do processo de trabalho das empresas, ganham prestígio três princípios fórmulas de gestão trabalhista: a redução de cargos e funções (e, conseqüentemente, de postos de trabalho), com maior agregação funcional nos mesmos indivíduos; a terceirização trabalhista. O sistema toyotista ou ohnista de gestão de trabalho¹⁴⁵.

E completa o mesmo autor

O toyotismo visa, em síntese, elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor (portanto, adaptar a empresa mesmo a contextos de crise). Conforme indagava TaiichiOhno em sua obra, O Espírito Toyota: “o que fazer para elevar a produtividade quando as quantidades não se elevam?”¹⁴⁶.

Buscando um ganho produtivo, novas formas de exploração do trabalho humano são pensadas. O emprego continua existindo, em que pese a constante pressão a respeito da necessidade de flexibilização, desregulamentação, com o intuito de se ganhar competitividade. Nas relações de emprego, alteram-se as relações de produção, buscando mais do mesmo empregado e, ainda, novas formas de relação se estabelecem. Como por exemplo a terceirização trabalhista através da qual “o efetivo tomador de serviços deixa de ser, por meio de ladina fórmula jurídico administrativa, real empregador do obreiro.¹⁴⁷” Ao lado dela, podemos verificar ainda a terceirização empresarial, por meio da qual a empresa terceirizada mantém sua própria estrutura empresarial, sede e equipamentos, passando a produzir em favor

¹⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 42.

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 47.

¹⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 44.

de outra aquilo que originalmente era produzido dentro de si.¹⁴⁸ Exemplo simples nesse caso é o das fábricas de automóveis que passaram a ser montadoras de automóveis. Assim,

A flexibilização pretendida nas sociedades atuais com a finalidade de reduzir custos ocorre basicamente de duas formas: através da flexibilidade do mercado de trabalho e da flexibilidade funcional do trabalho. Ou seja, o primeiro aspecto diz respeito aos salários, às obrigações da seguridade social e às normas da contratação e dispensa dos trabalhadores. O segundo aspecto volta-se para a organização produtiva de qualificações nas empresas.¹⁴⁹

Ao lado dessas novas formas de exploração do trabalho, encontramos os trabalhadores sem vínculo empregatício, eventuais, autônomos, ou de outras espécies sempre inovadas no contexto do mundo do trabalho, que não possuem capital suficiente para ser, por si só, empregadores, tendo como único instrumento de troca no mercado sua força de trabalho. Chegamos ao ponto de reconhecer a existência de tais sujeitos, sem reconhecê-los como empresários.

Sua condição econômica os põe no mercado de trabalho em situação de inferioridade frente ao contexto geral. Seu trabalho é sua única mercadoria de troca para poder sobreviver. Ele, portanto, vai ao mercado oferecer sua força de trabalho. Desta forma, o primeiro elemento relevante é o reconhecimento de que existem sujeitos que, não sendo empregados, adentram nas relações jurídicas em condição de inferioridade, não genericamente falando vulnerável, como é na relação de consumo, mas efetivamente hipossuficiente.

A reforma do Poder Judiciário, no que tange à mudança de competência da Justiça do Trabalho, tem como fim último proporcionar ao trabalhador uma especial proteção. Neste novo cenário que se afigura, não é empregado e, ao mesmo tempo, está em situação de desvantagem frente ao tomador dos serviços, sendo o caminho da justiça comum flagrantemente tortuoso e incapaz de perceber as peculiaridades que lhe são próprias. O trabalhador empregado tem sua proteção fundada em sua hipossuficiência, conforme observamos

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 44.

¹⁴⁹ MELLO, Ana Lúcia Almeida e. O princípio da proteção do trabalhador e o direito do trabalho. RÜDIGER, Dorothe Susanne. (Coord.). **Tendências do direito do trabalho para o Século XXI**. São Paulo, LTR, 1999. p. 281.

Princípio da Proteção – Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.¹⁵⁰

No mesmo sentido

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento subsume a essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.¹⁵¹

Neste sentido, o segundo elemento a se destacar é a proteção constitucional ao vulnerável da relação jurídica. Conforme afirmamos antes, a relação de consumo e a proteção do trabalho humano estão constitucionalmente previstas, sendo normas definidoras de direitos individuais, irrestrictíveis, portanto. O trabalhador e o consumidor, assim, são sujeitos que merecem proteção especial, não podendo a interpretação constitucional privilegiar um em detrimento do outro. São sujeitos que participam de relações jurídicas essencialmente diferentes.

Vislumbra-se tal situação quando a Constituição Federal dispõe em seu art. 170 que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Entre os sujeitos que figuram no mercado, o Constituinte pôs em primeiro plano o trabalho humano, que deve ser valorizado, ao lado da livre iniciativa, para caracterizar o sistema econômico adotado pelo Brasil. Nos incisos, por sua vez, há a garantia do princípio da “defesa do consumidor (V)”.

A base jurídica do mercado, no que tange ao nosso tema, está claramente disposta na Constituição. Vivemos em uma sociedade capitalista (Art. 1º., III e 170, *caput*), sendo que, devemos buscar a valorização do trabalho humano dentro dos ditames da justiça social (Art. 1º., III, Art. 3º. E 170 *caput* da Constituição Federal). Por sua vez, é um sujeito importante, devendo ser tratado com a devida primazia quando se encontra na relação jurídica, o consumido (Art. 5º. XXXII, Art 170, V da

¹⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 197-198.

¹⁵¹ BARROS, Maria Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2006. p. 169.

Constituição Federal e 48 dos ADCT), visto que vulnerável quando a relação, de fato, é de consumo.

Com a alteração da competência da justiça do trabalho, retirou-se o véu que fazia vislumbrar defesa do trabalhador apenas nas relações que configurariam relação de emprego. No mundo contemporâneo, diante das novas formas de trabalho, novas formas de proteção devem ser adotadas, havendo princípios constitucionais que tutelam de forma abrangente qualquer forma de exploração do trabalho humano para atingir tal finalidade.

Quando o prestador do serviço estiver em uma relação de consumo, o outro sujeito, consumidor, é o vulnerável da relação. Quando o prestador do serviço estiver em uma relação de trabalho, o outro sujeito é tomador do seu serviço sendo ele o hipossuficiente. Essa gênese é importante. Na relação de trabalho o tomador é um sujeito que usa a força de trabalho como forma de aumentar, potencialmente, seu lucro ou é alguém que “se dá o luxo” de contratar a força de trabalho de alguém para aumentar o seu tempo livre.¹⁵²

Desta forma, seja utilizando a força de trabalho para agregar a cadeia produtiva e ter mais lucro, seja com o intuito utilizar-se da força alheia de trabalho para ter mais tempo para outras atividades, estamos diante de uma relação de trabalho.

Por sua vez, o consumidor é aquele sujeito que possui como única alternativa para obter acesso a determinados bens da vida a intermediação do mercado. E, no mercado de consumo, ele encontra sujeitos que oferecem, de maneira geral, a prestação de uma atividade organizada e direcionada para satisfazer suas necessidades.

O mercado é o centro das relações de produção no capitalismo. É através do mercado que as relações se desenvolvem. Alguns sujeitos se relacionam diretamente no mercado, outros são atingidos. Há, ainda, relações jurídicas que se desenvolvem à margem do mercado, ou apenas de forma indireta. Estas distinções são essenciais para dar um tratamento jurídico adequado à luz das normas constitucionais.

¹⁵² VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem Vínculo de emprego e as novas regras de competência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 46, p. 232, jan.-jun. 2005.

Inicialmente, percebe-se que há sujeitos que se relacionam de forma equilibrada, ou supostamente equilibrada no mercado. As empresas entre si, enquanto parte do processo produtivo, possuem certo equilíbrio nas suas relações. E, mesmo entre estas, o Código Civil traz norma para resguardar eventuais desigualdades reais, a saber, a norma que estabelece ser nula qualquer cláusula em contrato de adesão (civil) que importe em renúncia antecipada a direito decorrente da natureza do contrato.

Por outro lado, há dois sujeitos que vão ao mercado de forma presumivelmente vulnerável, visto que não detém capital, não detém o conhecimento do processo produtivo, não são uma organização estruturada para atingir determinado fim, apenas vão ao mercado para satisfazer sua necessidade. O trabalhador para satisfazer sua necessidade de sobreviver e possui como única mercadoria para pôr à disposição do mercado a sua força de trabalho; e o consumidor, por sua vez, vai ao mercado para satisfazer suas necessidades que só podem ser satisfeitas através da aquisição de produtos ou serviços que são postos à sua disposição a partir de determinado preço.

Se alguém for qualificado como trabalhador, necessariamente, aquele que toma o serviço em seu favor não será consumidor. Porque, no mercado, os fornecedores de serviços detêm qualidades que os distinguirão essencialmente dos “meros” trabalhadores, a saber: exercício de atividade econômica organizada posta no mercado à disposição dos consumidores. O trabalhador em si apenas e tão somente oferece a sua mão-de-obra àqueles que desejem empregá-la em determinada atividade.

Não importa se a contratação é da atividade em si ou do resultado da atividade. O importante é que o trabalhador não é dotado de capital suficiente, insumos suficientes ou tecnologias suficientes para serem inseridos no contexto de uma atividade econômica organizada. Nesse sentido, não importa se é prestação de serviços, trabalhador autônomo ou a natureza em si do contrato desenvolvido, mas a forma como o trabalho humano é explorado.

Por outro lado, em termos de proximidade à personalidade e à dignidade humana, o trabalhador detém certa primazia frente à posição de consumidor. Consumidor é alguém que detém determinado recursos para satisfazer uma necessidade sua. O trabalhador detém exclusivamente sua força de trabalho para

conseguir sobreviver. Dito em outros termos, nas situações limites em que a figura de trabalhador e fornecedor seja próxima a proteção ao trabalho humano só será afastada se caracterizado, no caso, o distanciamento da hipossuficiência do trabalhador diante do mercado.

Caminha a jurisprudência, apesar do fundamento explicitado ser aparentemente falho. O Superior Tribunal de Justiça, julgando dois processos em conflito negativo de competência, decidiu no seguinte sentido. Inicialmente, em uma relação envolvendo cliente, médico e hospital

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E LABORAL. SERVIÇOS MÉDICOS. AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

- A competência para julgar as ações movidas por pacientes contra os respectivos médicos e ou hospitais é da Justiça Comum.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela modificação do art. 114 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/04, não altera a competência para o julgamento das demandas que não envolvem “relação de trabalho típica”, uma vez que, segundo a doutrina especializada, tratando-se de relação em que o contratado é prestador de serviços ao público em geral, isto é, o tomador do serviço é um número indeterminado de pessoas (mercado consumidor), tal relação não é de trabalho, mas “relação de Consumo

(CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 64.669 - SP (2006/0126883-4)-
Segunda Seção - RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI AUTOR :
JUÍZO DA 1A VARA DO TRABALHO DE JUNDIAÍ – SP SUSCITADO :
JUÍZO DE DIREITO DA 3A VARA CÍVEL DE JUNDIAÍ – SP)

Em um segundo processo, julgando agora a relação entre odontólogo profissional liberal e cliente

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E LABORAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS. INADIMPLEMENTO. AÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS POR PROFISSIONAL LIBERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

- Se a ação é ajuizada por profissional liberal contra cliente, objetivando o pagamento de valores decorrentes de contrato de prestação de serviços, não havendo discussão sobre reconhecimento de vínculo empregatício ou a pretensão ao recebimento de verbas trabalhistas, a competência para apreciar a causa é da Justiça Comum. - A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela modificação do art 114 da Constituição Federal, promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/04, não altera a competência para o julgamento das demandas que não envolvem “relação de trabalho típica”, uma vez que, segundo a doutrina especializada, tratando-se de relação em que o contratado é prestador de serviços ao público em geral, isto é, o tomador do serviço é um número indeterminado de pessoas

(mercado consumidor), tal relação não é de trabalho, mas “relação de consumo” Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitante.

(CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 67.330 - MG (2006/0161754-4) –
Segunda Seção - RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
SUSCITADO : JUÍZO DA VARA DO TRABALHO DE SÃO JOÃO DEL REI –
MG)

Observe-se que, no julgamento acima, o STJ reconhece, indiretamente, que o a competência da Justiça do Trabalho decorre da hipossuficiência do trabalhador, mas havendo relação de consumo, a parte vulnerável passa a ser o consumidor. Por sua vez, o fundamento apontado está relacionado à oferta do serviço a um número indeterminado de pessoas, identificado como mercado consumidor. É possível alguém está oferecendo seu serviço a um número indeterminado de pessoas, sendo, contudo, na relação jurídica em questão, o hipossuficiente.

Por exemplo, é possível que alguém, advogado, ao mesmo tempo possua uma relação de trabalho com uma grande empresa ou com um escritório jurídico, sem que se caracterize relação de emprego. Por outro lado, um advogado pode possuir escritório jurídico e atender clientes que, naquelas situações concretas, serão os vulneráveis da relação jurídica. O advogado frente a uma empresa ou a outros advogados não está em uma relação de mesmo nível que se encontra quando trata com um cliente, seja pessoa física ou jurídica. Dito de outra forma, não é possível estabelecer, sem observar o caso concreto, quem é o vulnerável da relação jurídica.

Será aquele que presta trabalho quando, no caso concreto, estiver direta ou indiretamente dentro de um processo produtivo, demonstrando-se que o ele possui como único elemento, naquela situação, sua força de trabalho, submetendo-se, em função de sua hipossuficiência, às condições estabelecidas por seu tomador.

Por outro lado, se aquele que presta o serviço se põe de forma a possuir capital, insumos e organização suficiente para por o seu produto à disposição do mercado, traçando as bases da prestação de serviço que os consumidores passam a aderir, em que pese alguma negociação possível, a organização, a disciplina e o processo decisório imediato sobre o dia-a-dia de sua prestação é exclusivamente seu, estaremos diante de uma relação de consumo.

Observe-se que, diante deste quadro, quando tratamos de relação de trabalho, estamos diante de uma relação que envolve o trabalho próprio, mesmo que

eventualmente venha com o concurso de auxiliares ou que possa fazer-se substituir, sem que essa prática caracterize a fornecimento de serviço de outro sujeito.

Então, é elemento fundamental da relação de trabalho que seja prestado por pessoa natural que contratou, mesmo que, eventualmente, seja admitida a prestação por outrem. Tal fato configuraria promessa de fato de terceiro, não necessariamente uma dação de serviços de outrem. Deixa de haver pessoalidade quando a contratação de serviços que possui como objeto a dação de serviços alheios, ou seja, mesmo que eventualmente o objeto da prestação possa ser prestado pelo próprio contratante, é da essência do contrato que o trabalho posto à disposição do tomador seja exercido sem que se configure um fornecimento de serviços por terceiros. Neste sentido, quanto à natureza da prestação de serviços, Pontes de Miranda já esclarecia

6.CONTRATO DE LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E CONTRATO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO. O contrato de serviços é inconfundível com o contrato de dação de serviço de outrem, contrato pelo qual o vinculado apenas prometeu serviço de alguém, como ocorre com a empresa que transporta, com o contrato misto (de locação de coisa, e. g., Onibus, por um mês, com a prestação de serviços pelo motorista, empregado da empresa). No contrato de dação de serviço de outrem, contrato de fornecimento de serviço (Dienstverschaffungsvertrag), o outorgante adimple com o ato de pôr à disposição do outorgado o serviço de terceiro, pelo tempo convencionado. Responde por culpa in etigendo, sem que se possa pensar em ser o terceiro auxiliar do adimplimento, Einfiiilungsgehitte (ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht, f, 2a ed., 240).¹⁵³

Não há que se confundir a pessoalidade com a possibilidade de se fazer substituir, eventualmente, ou mesmo utilizar auxiliares nesse sentido. Se, naquela situação, a substituição eventual não constituiu uma exploração da mão-de-obra alheia por parte do contratante, não se descaracteriza a pessoalidade. A Justiça do Trabalho já conhece tal tipo de relação, visto que já eram de sua competência as ações que envolvem a pequena empreitada, caracterizada normalmente por obras de pequena monta, mesmo que se utilizando de auxiliares. O próprio Código Civil admite que possa haver subempreitada e substabelecimento de procuração, contratos que envolvem prestações de trabalho.

Em sentido contrário, no que se refere à pessoalidade, podemos citar Wagner D. Giglio, que considera pessoalidade é essencial à caracterização da relação de trabalho. Se o trabalhador puder ser substituído, estaremos diante de uma relação

¹⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47, p. 12.

de consumo. O fato de ser oferecido ao público em geral também distinguiria relação de consumo da relação de trabalho. “Esta pressupõe, com regra, uma determinada continuidade entre prestador e beneficiário dos serviços, incondizente com a oferta ao público de serviços”.¹⁵⁴

Por outro lado, também transparece que o serviço prestado seja oneroso, ou seja, não pode representar uma prestação de serviços gratuita, pouca importa a motivação que leva a pessoa a prestar trabalho a outrem, podemos estar diante de uma relação moral, afetiva, religiosa ou puramente altruísta. Esta última está regulamentada em nosso ordenamento através do voluntariado.

Não há que se confundir, todavia, a não-onerosidade do voluntariado, por exemplo, com a não percepção de valores em dinheiro, possível no contrato de estágio. Neste, o estagiário tem como principal recompensa a inserção no ambiente de trabalho para o qual está se formando, adquirindo importantes experiências profissionais. Independente da regulamentação posterior de tal relação, conferindo aos estagiários mais direitos, esta é uma relação típica de trabalho, em que pese poder ser remunerada também em dinheiro, através de uma bolsa, ou não.

Desta forma, necessária se faz a distinção precisa entre relação de trabalho e relação de consumo, com duas consequências iniciais relevantes, o julgamento pela Justiça do Trabalho das relações de trabalho apenas, deixando-se as relações de consumo sob o manto da Justiça Comum Estadual e, ainda, a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre as relações de trabalho.

Além disto, dada a guinada protetora a outras relações jurídicas de trabalho além das relações de emprego, todas as relações de trabalho devem ser julgadas à luz de princípios constitucionais que garantam a proteção do trabalhador, reconhecido como o hipossuficiente da relação jurídica, de forma imediata atenda “à proteção e à manutenção de todas as possibilidades e alternativas de trabalho e rendas que atendam ao bem-estar, à dignidade e ao desenvolvimento sócio-cultural da pessoa humana”.¹⁵⁵ Este é um novo papel posto à Justiça do Trabalho e ao próprio Direito do Trabalho, enquanto lugar adequado de proteção do homem que vive do trabalho.

¹⁵⁴GIGLIO, Wagner D. Considerações sobre a competência *Ex Ratione Materiae* da Justiça do trabalho decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, p. 87, março-abril 2005.

¹⁵⁵ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005. p. 368.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração constitucional que envolveu a reforma do judiciário não foi meramente cosmética, atingindo a estrutura do judiciário em diversos aspectos. Tal visão é confirmada, nesses poucos anos que se passaram a partir da sua vigência com a atuação de algumas estruturas específicas criadas, como por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça. Não estamos diante de uma alteração profunda no Judiciário nacional, mas algo de diferente foi feito. Qualquer alteração no campo legislativo provoca alterações no seio do próprio sistema, bem como o alcance da mudança é determinado pelo próprio sistema.

Contudo, para não correr o mesmo risco que o Rei de Hans Christian Andersen, a alteração a nova redação do art. 114, I da Constituição Federal deve ser observada de forma a se conformar com o sistema jurídico existente, uma vez que possuímos normas que nem o poder constituinte reformador é capaz de derogar.

Conforme se observou durante toda a exposição, estamos diante de uma alteração que afetou normas que tratam de direitos fundamentais explicitamente previstos em nossa Constituição. A proteção ao trabalho humano e a proteção ao consumidor são princípios integrantes do nosso sistema jurídico como normas fruto da necessidade histórica de se proteger sujeitos que se encontram em situação desigual merecendo, portanto, tratamento normativo capaz de equilibrar a relação na qual se encontram.

Assim, dentro do nosso sistema vigente, sendo tais relações submetidas às normas de Direito Privado, qualquer tratamento privilegiado a qualquer relação jurídica deve restringir-se à realização da isonomia, em situações que justifiquem esse tratamento. Partindo desta premissa, apenas é possível permitir a extensão da competência da justiça do trabalho nas relações jurídicas em que um dos polos, o trabalhador, esteja em situação que necessidade, por sua hipossuficiência.

Mostrou-se, por outro lado, que é totalmente descabida a hipótese de existência de uma relação de trabalho que, ao mesmo tempo, pudesse ser considerada uma relação de consumo. Seria uma total subversão da lógica do

sistema que pretende proteger, quando imprescindível, um dos sujeitos da relação jurídica. Desse modo, é impensável que, ao mesmo tempo, existam os dois polos da relação jurídica que necessitem de proteção especial. Assim, há de se considerar que algo mudou. A alteração da redação no que diz respeito ao inciso I do artigo 114 teve a clara finalidade de alterar a competência material da Justiça do Trabalho.

A finalidade da reforma do judiciário está direcionada à busca da melhoria do acesso à justiça, em sentido amplo. Isto é, a busca não só pela celeridade processual, mas também por uma maior efetividade da tutela jurisdicional em si, bem como uma adequação para que certas desigualdades reais não causem deformações no litígio, em função do poderio de uma das partes. Busca-se, pois, o sujeito protegido com tal alteração.

A evolução do Estado e dos Direitos Fundamentais a partir das revoluções trouxe consigo uma preocupação crescente de inclusão e de atuação do Estado. Se, inicialmente, preocupava-se com a intervenção do Estado na esfera individual, a partir do Estado Social esse papel foi-se ampliando para uma forma de atuação positiva, não apenas provendo, mas também definindo proteção e direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos. Nesse contexto, a proteção ao trabalho humano, de forma ampla, e a proteção ao consumidor surgem como direitos fundamentais.

Sendo ambos direitos fundamentais, estão unidos pelo véu da irrestringibilidade que impõe a partir do art. 60, §4º de nossa Constituição. E, neste sentido, fez-se necessário observar que elementos informariam a conformação de tal alteração de modo a preservar a proteção ao consumidor e a proteção ao trabalhador, dentro do respeito maior ao princípio da isonomia.

As alterações no mundo do trabalho demonstram o substrato fático que permeia a alteração na competência da Justiça do Trabalho. Há, atualmente, uma série de trabalhadores que na dinâmica social não se enquadram no conceito tradicional de emprego, estando afastados de toda tutela material e processual destinada ao trabalhador. A Justiça do Trabalho permite um igualar de armas, sendo o trabalhador julgado de forma célere e respeitadas suas peculiaridades concretas, encontrando-se em extrema desigualdade no processo, visto que estamos tratando de direitos que envolvem valores para a sua sobrevivência. Assim, o escopo de acesso à justiça de que nos fala a 3ª onda e o papel intervencionista que o Estado

assumiu são perfeitamente compatíveis com a compreensão de que tal alteração busca, agora, conceder uma tutela especial àqueles que vivem do trabalho, sendo os hipossuficientes da relação jurídica.

Desse modo, estão excluídas do conceito de relação de trabalho as dações de serviço, ou seja, os contratos nos quais alguém promete trabalho alheio de forma a constituir, na verdade, uma intermediação de mão de obra. Estas, na verdade, ou constituirão relação de consumo, quando presentes os requisitos do Código de Defesa do Consumidor, ou então constituirão relações civis regidas exclusivamente pelo Direito Civil comum. Por sua vez, na mesma esteira, sendo as relações de caráter verdadeiramente gratuito, podendo ter finalidade religiosa, moral ou altruísta, não estaríamos diante de uma relação de trabalho carecedora de proteção especial.

Assim, relação de trabalho deve ser entendida como a que decorre de um contrato na qual alguém promete determinada prestação humana a outrem, de natureza pessoal e onerosa, mesmo que eventualmente possa se fazer substituir, desde que a substituição não constitua um ganho sobre a mão-de-obra alheia.

A tormentosa zona das relações jurídicas constituídas com profissionais autônomos deve ser compreendida com base no princípio da proteção. Protegido deve ser aquele que, concretamente, está em situação de desvantagem frente a outro. Neste sentido, o autônomo que presta serviços a outrem, sendo utilizado na sua cadeia produtiva, mesmo que indiretamente, é o merecedor da proteção. Por sua vez, o autônomo que oferece seus serviços no mercado a pessoas que se encontram vulneráveis diante daquele que é o detentor do conhecimento específico, sendo sua única alternativa ter tais serviços mediante o pagamento da remuneração, teremos uma relação de consumo.

Observe-se que tais distinções não são só definidoras de competência no âmbito processual, são muito mais. As relações civis comuns devem ser tratadas com base no princípio da igualdade, sem qualquer distinção entre os sujeitos envolvidos e com maior incidência do princípio da autonomia da vontade. As relações de trabalho e as relações de consumo, por envolverem sujeitos que se encontram em situação de desvantagem fática, terão a autonomia da vontade limitada. Nos casos das relações de consumo e da relação de emprego, há ampla legislação infraconstitucional garantidora. A relação de trabalho, em que pese não possuir, ainda, normas específicas, deve ser entendida sob a incidência dos

princípios da dignidade humana e da Justiça Social que permitirão a correção de injustiças que violem as condições mínimas humanas de tais negócios jurídicos.

Demonstra-se assim um novo marco para o Direito, mormente no que se refere ao Direito Civil e ao Direito do Trabalho, visto que todas as relações jurídicas que envolvem relações de trabalho devem ser pautadas com base na proteção ao trabalho humano. Assim, fica aberta uma gama de possibilidades para futuras investigações, tais como: quais os princípios norteadores das relações de emprego não se aplicam às relações de trabalho, quais os limites contratos apresentam mais repercussão no campo das relações de trabalho, até onde a autonomia da vontade passa a atuar, entre outras possibilidades.

O momento é de abertura. Quando foi promulgada a Constituição de 1988 um novo horizonte foi posto para Direito Civil, entre tantas novidades, as relações de consumo trouxeram inovações antes impensadas na seara civilista. Agora, o as relações civis comuns e as relações de consumo devem ser observadas sob este novo panorama, o da proteção do trabalho humano que não está protegido pelas regras das relações de emprego. Não se confundindo, nem com as relações civis comuns, nem com as relações de consumo. Com isso, o intérprete tem novos desafios para realizar o fim constitucionalmente estabelecido: a proteção daqueles que possuem como único meio de sobrevivência a sua própria força de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRANDE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2005.

ANTUNES, Ricardo. Anotações Sobre o Capitalismo Recente e A Reestruturação Produtiva no Brasil. In: _____; SILVA, Maria A. Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

_____. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2006.

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. O confronto da relação de trabalho prevista no art. 114, I, da Constituição da República de 1988 e a relação de consumo. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho**: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2003.

BARROS, Maria Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo, Ltr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: PASQUALINI, Alexandre. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 33, 2005.

BASTOS, Márcio Tomaz. Reforma do poder judiciário. **Revista CJE**. Brasília, DF, n. 21, p. 87-91, abr./jun. 2003, disponível em: www.cjf.jus.br/revista/numero21/artigo14.pdf. Acesso em: 10 maio 2008.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a teoria da constituição. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). **Contituição Federal**: 15 anos. São Paulo: Método, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O futuro da democracia, na defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSON, Mirna Savoi Silveira. A teoria da interpretação jurídica e a expressão “relação de trabalho” contida no novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. (Coord.). **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Juspodivm, 2007.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Relação de trabalho: enfim, o paradoxo superado. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. (Coord.). São Paulo: Ltr, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARA, Alípio Roberto Figueiredo. A reforma do poder judiciário e a competência da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. (Coord.). São Paulo: Ltr, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O mundo que atrai a competência da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes ; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: jusPodivm, 2008.

DALAZEN, João Orestes. A reforma do judiciário e os novos marcos da competência material da justiça do trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

DANTAS, Raimundo. A reforma do poder judiciário e a nova justiça do trabalho. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006a.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006b.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios constitucionais do trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, n. 8, set.-out. 2005.

DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

EFING, Antônio Carlos. **Prestação de serviços**: uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

31. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2005.

FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuário de Derechos Humanos**, Madrid, n. 1, 1982.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIÚZA, César. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIGLIO, Wagner D. Considerações sobre a competência *Ex Ratione Materiae* da justiça do trabalho decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre, n. 5, mar.-abr. 2005.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Relação de trabalho na Constituição**: fundamentos para uma interpretação razoável da nova competência da justiça do trabalho à luz da EC nº 45/04. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e teoria geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 2001

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JINKINGS, Nise. As formas contemporâneas de exploração do trabalho nos bancos. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria A. Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

KELSEN, Hans, **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2006.

LESSA, Sérgio. **A ontologia de Lukács**. Maceió: Edufal, 1997.

LINS JUNIOR, George Sarmento. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, n. 1, jan./dez. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 141, jan.-mar. 1999.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

LUKÁCS, Georgy. As bases ontológicas do pensamento e da atividade do homem. **Revista de Ciências Humanas**, São Paulo, n. 4, 1978.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. a concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: reflexões sobre a complexidade do tema e o papel constitucional da Jursdição Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da justiça do trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 71, n. 2, p. 198-216, maio/ago. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELGARÉ, Plínio. **A Jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1934>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

MELHADO, Reginaldo. Da dicotomia ao conceito aberto: as novas competências da justiça do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

MELLO, Ana Lúcia Almeida e. O princípio da proteção do trabalhador e o direito do trabalho. In: RÜDIGER, Dorothe Susanne (Coord.). **Tendências do direito do trabalho para o Século XXI**. São Paulo, LTR, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÉSZÁROS, Istvan. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: RT, 1967a. t. 1.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967b. t. 4.

_____. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Alba, 1933.

_____. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 5.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil-constitucional**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise no poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./abr./maio, 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2008.

PEREIRA, Vanessa Reis. O novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988: na Marcha ou na Contra-Marcha da flexibilização. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis. **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

POCHMANN, Márcia. O Desemprego no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

REALLE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v. 70, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador? In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: MILARÉ, Édis (Coord.) **Ação civil pública, Lei 7.347/1985**: 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissa para uma reforma legislativa. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 46, jan.-jun. 2005.