

DIREITO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO: CAMINHOS QUE SE CRUZAM

CIVIL LAW AND LABOR LAW: PATHS THAT CROSS

MÁRCIO TÚLIO VIANA*

RESUMO

Embora sirvam ambos ao sistema capitalista, Direito Civil e Direito do Trabalho têm origem e destino diferentes. O primeiro nasceu, basicamente, de cima para baixo, da elite para o povo. O segundo, ao contrário, foi produto da luta operária contra a exploração da fábrica. Hoje, no entanto, cada qual contém elementos do outro. No caso do Direito do Trabalho, sua parte “civil” avança, enquanto sua parte “trabalhista” sofre fortes tensões.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Direito do Trabalho. Flexibilização.

ABSTRACT

While serving both the capitalist system, Civil Law and Labor Law have different origin and destination. The first was born, basically, from the top to the bottom, from the elite to the people. The second, in contrast, was the product of workers' struggle against exploitation. Today, however, each of which contains elements of the other. In the case of Labor Law, its "civil" part progresses, while its "labor" part suffers tensions.

KEYWORDS: Civil Law. Labor Law. Flexibilization.

1 AS PALAVRAS QUE SE ESTRANHAM

Diz uma velha frase, atribuída a Afonso Arinos: “*Liberdade, igualdade, fraternidade – palavras que se surpreendem de estarem juntas...*”

Surpresa igual, provavelmente, sentiram as palavras “Direito Civil” e “Direito do Trabalho”, quando - em fins do século XIX – viram-se juntas pela primeira vez, opondo-se e compondo-se entre si.

De fato, tanto o Direito Civil como o Direito do Trabalho, cada qual a seu modo, deram ao capitalismo sua base jurídica e também ideológica; e, no entanto, desde o começo, cada um se mostrava quase o avesso do outro.

* Professor da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG.

Como dizia outra frase famosa, a igualdade, para o Direito Civil, era “o ponto de partida”; já para o Direito do Trabalho, era “a meta de chegada”. Ou pelo menos assim parecia ser.

Na verdade, o Direito do Trabalho nunca desejou a igualdade plena, pois ela implicaria romper com um sistema do qual *ele é filho* – um filho rebelde, mas não desnaturado. O que o Direito do Trabalho sempre perseguiu, por isso, foi a igualdade possível.

Quanto ao Direito Civil, não tinha uma “meta de chegada”, a não ser que a identifiquemos com a tão falada “paz social”; mas mesmo essa “paz” viria não tanto pelas constrictões da lei quanto pelas liberdades que a própria lei permitia, numa espécie de versão jurídica da “mão invisível” de Adam Smith...

Assim, normas imperativas de um lado, dispositivas de outro. Enquanto o Direito do Trabalho incorporava desigualdades jurídicas para compensar o desequilíbrio econômico¹, o Direito Civil basicamente refletia e reforçava a ordem existente.

É certo que no centro de um e de outro estava (e está) a figura do contrato. Mas o contrato *de trabalho* traz as cores da subordinação, o que abala a própria convicção de que seja mesmo o que diz ser²; e o seu principal sujeito – o empregado – não deixa de ter, no fundo, algo de objeto, o que também traz arrepios à tradição civilista.

A grosso modo, se retomarmos o lema da Revolução Francesa, talvez possamos dizer que o Direito Civil, especialmente em sua versão clássica, preferia enfatizar a liberdade e a igualdade formal – deixando para o Direito do Trabalho a fraternidade e um pouco de igualdade real. Mas essa divisão meio a meio também poderia ser, por sua vez, fracionada. E assim teríamos, de uma parte, o Direito *Individual* do Trabalho, garantindo em alguma medida a igualdade real; e de outra o Direito *Coletivo* do Trabalho, construído pela fraternidade – ou solidariedade – entre os trabalhadores.

1 Se o diagnóstico da “questão social” foi expresso muito bem numa frase de Lacordaire – “entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre, é a liberdade que oprime, é a lei que liberta” –, a terapêutica foi resumida na elegante fórmula de Galart Folch – “superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica”.

2 Entre os autores modernos que retomam essa discussão, cf. especialmente Barakat, Eduardo Milléo. A boa fé no contrato de trabalho. S. Paulo: LTr, 1998, *passim*

Por outro lado, as palavras que falam da origem do Direito do Trabalho também surpreendem as que descrevem o nascimento do Direito Comum. É que, como sabemos, quem construiu, basicamente, as normas trabalhistas, não foram os que detinham as rédeas do poder, mas aqueles que o poder oprimia. Nesse sentido, o Direito Coletivo, construído pela comunhão de lutas e identidades, foi também veículo de construção do próprio Direito Individual.

Tiros, mortes, bombas, pancadas e ameaças estão presentes ao longo da história do Direito do Trabalho, em proporção imensamente maior que na evolução do Direito Civil. E não é de se estranhar. Afinal, enquanto o Direito Civil pode ser *usado* da mesma forma por qualquer cidadão, o Direito do Trabalho serve de anteparo ao choque profundo e sem fim entre o capital e o trabalho, vale dizer, entre os que têm e os que não têm os meios de produção.

O papel da classe operária na construção das normas protetivas está bem presente na greve, verdadeira metáfora da revolução e do conformismo³. Carnelutti a chamou certa vez de “direito contra direito”. Ainda assim, o Estado teve de aceitá-la, fosse para domá-la, como a um potro bravio, fosse por ter sido, em alguma medida, também domado por ela. Mas a greve, mais que um direito, é “processo de criação de direitos”⁴. E também aqui o Direito do Trabalho mostra sua face rebelde – subversiva, mesmo – quebrando o monopólio estatal de ditar leis, através do acordo e da convenção coletiva.

E por ter sido construído assim, através da pressão dos miseráveis, nada mais natural que o Direito do Trabalho fosse chamado, no início, de “Direito Operário”. Essas palavras, que em si mesmas também traziam um paradoxo, não descreviam apenas o sujeito a ser protegido – quase sempre um trabalhador de fábrica – mas *a própria norma* que o protegia, e que tal como ele se mostrava simples, de pés no chão, rente à vida.

3 Revolução enquanto se movimenta na liberdade, negando não só a subordinação, mas o próprio trabalho, e conformismo enquanto repropõe a vida na fábrica, ou seja, o trabalho subordinado.

4 A expressão é de Washington L. da Trindade (O superdireito nas relações de trabalho. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1982, *passim*)

2 AS PRÁTICAS DIFERENTES

Mesmo entre nós não foi muito diferente. Ao criar a CLT, Vargas não apenas respondia a pressões emergentes da classe operária, mas tratava de evitá-las no futuro. De resto – e o que é mais importante – as normas que o país importava, um tanto ou quanto artificialmente, traziam traços de sangue dos trabalhadores europeus. Assim, fosse por uma razão ou por outra, o nosso Direito nasceu também *Operário*.

Como não poderia deixar de ser, o Processo do Trabalho refletiu a mesma origem do Direito Material, com sua tônica na conciliação, na celeridade e na simplicidade, ideais que hoje o Processo Civil incorpora com grande aparato e sem *citar a fonte*. Até mesmo a Justiça do Trabalho, por mais pomposa que possa parecer ao cidadão comum, sempre foi muito mais ágil, criativa e modesta que a Justiça Civil.

Na verdade, os próprios advogados *civilistas* costumam ser diferentes dos *trabalhistas* – especialmente os que defendem empregados. Os primeiros, habituados ao formalismo maior da Justiça Comum, tendem a se apresentar também mais formais. Entre os últimos, por várias razões, parecem ser mais numerosos os jovens e as mulheres, assim como – no outro ponto da linha – muitos profissionais que já cruzaram a meia idade, mas que por algum motivo *não deram certo*, e assim transitam de juiz em juiz com suas velhas pastas, seus paletós amassados e suas barbas por fazer, vivendo das migalhas de minguados acordos.

Naturalmente, um Direito, um Processo e uma Justiça que têm como centro de gravidade o trabalho subordinado; que se destinam especialmente aos que não possuem os meios de produção; e que foram criados, em grande parte, graças à pressão dos homens simples, não poderiam mesmo desfrutar, numa sociedade de mercado, do mesmo prestígio conferido ao Direito, ao Processo e à Justiça Cíveis.

Não é à toa que – salvo algumas exceções – a disciplina “Direito do Trabalho” tem menos consideração nas Escolas, embora seja uma das que mais oportunidades ofereçam ao jovem bacharel.

O próprio Juiz do Trabalho costuma ser menos respeitado ou admirado que o Juiz de Direito.⁵

Conta a História que, nos tempos antigos, as atividades que exalavam mau cheiro – como os curtumes – ou as que usavam o fogo – como a metalurgia – só podiam se instalar do lado de fora das cidades, onde também viviam os seus trabalhadores – em geral mal vistos ou desprezados. Na Grécia Antiga, em certo período, até os escultores eram pouco valorizados – em face dos pintores, por exemplo – porque seu trabalho tocava mais de perto a matéria.

Analogamente, podemos dizer que o objeto do Direito do Trabalho – ou seja, o trabalho por conta alheia, subordinado, em geral prestado por pessoas pobres – contamina os sujeitos que o tocam. Por mais que isso tenha mudado com os tempos, até hoje o juiz, o advogado, o estagiário, o procurador, o servidor, o demandante, o professor e até mesmo a CLT, o fórum, o livro de doutrina e a editora trabalhistas carregam em alguma medida a marca operária, que é a marca de uma vida e de um trabalho de *segunda classe*.

Mas não são essas, possivelmente, as únicas razões da distância entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, em termos de prestígio e força – dentro ou fora da área jurídica. Outras razões podem ser encontradas no modo positivista de se ver o Direito em geral, e na percepção de seu papel na sociedade.

Nesse sentido, observa Supiot que até à época da Declaração de Filadélfia, em 1944, os direitos sociais viviam sob o descaso ou a suspeita da doutrina conservadora. Afinal, superando a idéia do Direito como ciência pura, sem compromisso com a justiça, os novos juristas pareciam vê-lo como uma espécie de arte; em outras palavras, não mais apenas um “sistema de normas que não podiam ser desobedecidas”, mas “um conjunto de objetivos a atender”⁶. Tidas quase como “falsos direitos”, ou direitos pela metade,

5 Talvez isso explique o movimento *interna corporis* de inserir um “Federal” no título do juiz de primeiro grau e um “Desembargador” no de segundo. Aliás, a ausência de previsão legal para essas denominações já indicava, talvez, o mesmo preconceito.

6 SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010, p. 118-119.

muitas das normas sociais tendiam a ser consideradas apenas programáticas, virtualmente sem força normativa. E essa marca de origem talvez nunca tenha deixado completamente de existir.

Com o passar do tempo, porém, à semelhança de um sistema de vasos comunicantes, Direito Civil e Direito do Trabalho foram se contaminando mutuamente. Na verdade, essas misturas refletiam o metabolismo do próprio sistema, que absorvia as críticas que lhe eram feitas e se tornava um pouco mais humano, ou um pouco menos desumano, e – por consequência – mais legitimado e menos ameaçado pelo *socialismo real*.

E foi assim que, do ventre do Direito Civil, brotaram leis como as do inquilinato e mais tarde as do consumidor, incorporando traços daquele mesmo espírito tutelar e intervencionista das normas trabalhistas; ao passo que o Direito do Trabalho se tornava – por razões diferentes, como veremos – sempre mais permeável a direitos tipicamente civis, baseados na igualdade formal e na liberdade individual.

Um exemplo clássico desses implantes, no campo trabalhista, é a norma da equiparação salarial. Embora a discriminação, no caso, parta do empregador, a regra tem natureza antes comutativa que distributiva; toma em consideração dois trabalhadores entre si, e não o trabalhador em face de quem os explora.

Mais recentemente, esse processo de mistura se tornou ainda mais importante.

3 AS TENDÊNCIAS QUE SE OPÕEM

No que diz respeito ao seu conteúdo *civilista*, o Direito do Trabalho se expande; não se flexibiliza, não recua, não transige. Ao contrário, parece cada vez mais forte e coerente. Mas é preciso notar que só por vias travessas ele cumpre, aqui, o seu próprio ideal de repartição de riquezas⁷, pois o foco de luz que o atrai não é o mesmo que ilumina as normas típicas de proteção.

7 A propósito desse importante papel do Direito do Trabalho, cf. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. S. Paulo: LTr, 2012; e MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho, vol. I., Parte I. São Paulo: LTr, 2011, *passim*.

Movimento inverso acontece, no entanto, quando se trata de outros tipos de normas – estas, sim, *trabalhistas* em sentido próprio, destinadas a reduzir a mais valia, distribuindo melhor as riquezas. Aqui, embora ainda possa ensaiar um ou outro passo à frente, o Direito do Trabalho recua ou no mínimo estremece, abalado pelas pressões que acompanham cada novo surto de crise.

Esse duplo fenômeno tem causas econômicas, políticas e ideológicas, mas também se relaciona com os novos modos de pensar e de sentir. Em tempos pós-modernos, marcados pela radicalização das ideias e aspirações de liberdade e igualdade, o homem se torna avesso a regras, ignora as hierarquias, questiona as instituições, hipervaloriza o contrato.

Além disso, como vivemos também um profundo processo de subjetivação, todos nós nos sentimos muito mais sensíveis a temas como discriminações, assédios e invasões de privacidade. E, na medida em que isso acontece, as normas que coíbem essas condutas também avançam para além do Direito Civil, invadindo, como dizíamos, as fronteiras do Direito do Trabalho.

O próprio neoliberalismo entra em sintonia com essas emoções, ao ressuscitar suas receitas de mercado autorregulado, autonomia da vontade e competição generalizada. Dentro desse contexto, o Direito do Trabalho fala em flexibilizar – exatamente o verbo que as pessoas, hoje, mais conjugam em suas vidas – e a política exige um Estado mínimo, o que soa aos nossos ouvidos como um Estado menos impositivo, mais aberto, mais libertário; uma verdadeira música.

E já que os sentimentos mais íntimos parecem coincidir com as idéias gerais, tudo então interage e se potencializa, reforçando-se mutuamente. Assim como acontece com os discursos em favor de um Direito mais flexível e de um Estado menos interventor, toda a lógica neoliberal parece atender aos desejos de liberdade e igualdade, antes restrito – em termos de intensidade e no plano concreto – a minorias como artistas, filósofos, poetas e *hippies*. Daí a sua força de atração e o seu inigualável charme.

Se fosse outro o nosso enfoque, poderíamos avançar alguns passos nessa discussão, lembrando, por exemplo, que também são elementos pós-modernos a maquiagem, o disfarce, a aparência, o

show. Ou poderíamos, talvez, citar o velho Millor Fernandes, que nas páginas da revista “O Cruzeiro” nos encantava semanalmente com uma página de deliciosas charges, sob o título de “As aparências enganam”...

Mas o nosso tema é mais restrito. Assim, voltando a ele, parece-nos interessante notar que essas idéias e emoções pós-modernas podem estar presentes - no fundo da cena - até mesmo quando os autores do nosso tempo enfatizam a importância dos princípios, em detrimento das regras, pois isso significa dar mais liberdade e poder ao intérprete, sobretudo ao intérprete-juiz⁸.

Assim, o fenômeno que hoje atinge o Direito do Trabalho é ambivalente: as pressões o tensionam de formas diferentes e contrárias, para cima e para baixo, para frente e para trás, o que o leva a repetir, curiosamente, os mesmos movimentos da linha de montagem toyotista.⁹

Já o Direito Civil vive outro tipo de dualidade. Tanto as suas normas típicas (como aquelas já referidas, ligadas à discriminação etc) avançam em forma e em força, como suas normas de natureza protetiva (como as que se dirigem ao consumidor) se mantêm firmes.

Quanto às primeiras, a tendência se explica pelas mesmas razões que as fizeram invadir o Direito do Trabalho. Como dizíamos, elas atendem - hoje, mais do que nunca - aos sentimentos e pensamentos da sociedade pós-moderna, ajustando-se ao movimento libertário geral (inclusive da economia) e o fortalecendo.

Quanto às segundas, a tendência talvez se explique pelo fato - já observado - de que o Direito Civil, ao contrário do que sucede com o Direito do Trabalho, serve a gregos e troianos, embora mais a gregos que a troianos, se pensarmos nos primeiros como *vencedores*.¹⁰

8 Anota Ferrarese que a tendência em favor de um Direito assim, mais *soft*, eleva a um patamar inédito a Constituição, na medida em que ela é reduzido do geral, do político, do principiológico. (FERRARESE, M. R. *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002, *passim*).

9 Nessa linha, segundo autores como Coriat, o fluxo de materiais desce do monte para o vale, enquanto as informações sobre as necessidades de cada segmento sobem do vale para o monte (CORIAT, Benjamin. *Penser à l'envers*. Paris: C. Bourgois, 1991, *passim*).

10 Queremos dizer, com isso, que um operário ou um engenheiro “usa” o mesmo direito

Em resumo, o mesmo contexto que impulsionou para frente aqueles direitos ligados à personalidade – inclusive lhes assegurando maior proteção constitucional – pressiona para trás os direitos trabalhistas. Como diriam os chineses, *yin* e *yang* andam juntos outra vez.

4 CONCLUINDO

Assim, enquanto o Direito Civil avança em termos de igualdade formal, e ainda se dá ao luxo de ensaiar alguns passos no sentido de uma igualdade material que não parece incomodar os grandes interesses, o Direito do Trabalho o acompanha apenas no primeiro sentido.

Talvez se possa dizer (é algo ainda a se estudar) que a ênfase que o próprio Direito do Trabalho tem dado às questões *civis*, que não importam – exceto marginalmente – distribuição de renda, abre-lhe uma espécie de crédito para ignorar os temas realmente *trabalhistas* – o que não significa, é claro, que se deva tratá-los com menos interesse. Esse *crédito* tranqüiliza as consciências e descansa o sindicato, o legislador, o doutrinador e o juiz.

Talvez possamos concluir, também (é mais um tema a se pensar), que a expressão “gerações de direitos” – cunhada por Bobbio e superada pela idéia de “dimensões de direitos” – seja hoje mais condizente com a realidade: afinal, menos que *conviver* com os direitos de “segunda geração”, os da “primeira” retomam a dianteira e pretendem – *sozinhos* – ganhar a corrida.

Mas essas tendências, é claro, são apenas tendências, se é que realmente o são; atendê-las ou pervertê-las depende também do jurista, que hoje se move com muito mais liberdade do que antes, transformando-se, de fato, num *operador* do Direito – com todos os significados (médicos, inclusive) que essa expressão, tão criticada, pode nos sugerir.

para tomar um café, embora, naturalmente, o direito de propriedade seja “usado” de forma maior por quem detém o poder econômico. Outra observação, também simples, é a de que as posições jurídicas se misturam e se invertem com muito mais frequência no Direito Civil que no Direito do Trabalho: hoje sou credor, amanhã posso ser devedor (de uma obrigação civil), mas dificilmente passarei de operário a empresário, ou vice e versa.

A propósito, ensina Eduardo Couture, num pequeno-grande livro, que

O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem¹¹

De uns tempos para cá, o cárcere do juiz se tornou bem mais amplo; ele dá passos mais largos, alcança espaços inéditos, inventa novos movimentos. Às vezes, como costumam fazer os presos – em fotos tão trágicas, exibidas nos jornais – ele enfia as mãos por entre as grades; e chega a tocar o mundo proibido, *de fora dos autos*, conhecendo o que antes não sabia.

Como dizíamos, a valorização dos princípios sobre as regras expressam bem essa tendência. Ela abre espaços quase inéditos à interpretação, e nesse sentido – para além de seus fundamentos teóricos – talvez responda aos anseios libertários *do próprio juiz*, que não são diferentes, basicamente, de seus anseios como homem comum, quando elege um canal de TV ou prefere certo relógio entre cem outros modelos na vitrine.

Essa liberdade maior – bem ao gosto dos novos tempos – pode ser usada para transformar a sociedade de forma positiva, mesmo porque nem tudo na pós-modernidade é mau, como nem tudo na modernidade foi bom. Mas também é possível, infelizmente, usá-la em sentido destruidor, mesmo com suporte em velhos e sólidos princípios: basta interpretá-los ao avesso, como às vezes tem sido feito¹², usando-se a mesma liberdade acrescida.

11 COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 87.

12 É o que se vê, por exemplo, na idéia de que, para proteger o empregado, é preciso proteger a fonte de emprego, o que significa, quase sempre, desproteger o empregado. Outros autores chegam a negar a própria existência do princípio protetor, o que também implica, na prática, afirmar o seu contrário.

Escreve Eric Fromm¹³, valendo-se do mito bíblico, que o primeiro ato realmente humano foi a desobediência: ao comer a maçã, Adão afirmou sua vontade, e a partir de então se viu condenado a andar sempre para diante, escolhendo, a cada passo, o seu caminho. Ainda que tentasse voltar, não poderia fazê-lo: dois anjos, com espadas flamejantes, guardavam as portas do Paraíso.

Hoje, talvez mais do que nunca, o juiz *escolhe* – e ao fazê-lo assume, querendo ou não, o seu minúsculo (mas tão importante) grão de responsabilidade pelo que acontece no mundo.

REFERÊNCIAS

CORIAT, Benjamin. Penser à l'envers. Paris: C. Bourgois, 1991.

COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. S. Paulo: LTr, 2012

FERRARESE, Maria. Rosaria. Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002.

FROMM, Eric. O medo à liberdade. S. Paulo: Zahar, (s.d.).

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho, vol. I., Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SUPIOT, Alain. L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total. Paris: Seuil, 2010.

TRINDADE, Washington L. da. O superdireito nas relações de trabalho. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1982.

13 FROMM, Eric. O medo à liberdade. S. Paulo: Zahar, (s.d.), pp. 37-38.

