

MAURICIO GODINHO DELGADO

Curso de

Direito do TRABALHO

**20ª
edição**

edição comemorativa
revista, atualizada e ampliada

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

LIVRO I

INTRODUÇÃO E PARTE GERAL

Capítulo II

AUTONOMIA E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

A apresentação das características essenciais do Direito do Trabalho, que permita ao analista a visualização de seus contornos próprios mais destacados, não se completa sem o exame dos traços que envolvem a relação desse ramo especializado com o conjunto geral do Direito.

Esses traços são dados, fundamentalmente, pelo estudo da autonomia do ramo juslaborativo, de seu posicionamento no plano jurídico geral (sua natureza jurídica, em suma), e, finalmente, a investigação de suas relações com outros ramos do universo do Direito.

II. AUTONOMIA

Autonomia (do grego *auto*, próprio, e *nomé*, regra), no Direito, traduz a qualidade atingida por determinado ramo jurídico de ter enfoques, princípios, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação e dinâmica.

A conquista da autonomia confirma a maturidade alcançada pelo ramo jurídico, que se desgarra dos laços mais rígidos que o prendiam a ramo(s) próximo(s), sedimentando via própria de construção e desenvolvimento de seus componentes específicos. Nessa linha, pode-se afirmar que um determinado complexo de princípios, regras e institutos jurídicos assume caráter de ramo jurídico específico e próprio quando alcança autonomia perante os demais ramos do Direito que lhe sejam próximos ou contrapostos.

O problema da autonomia não é exclusivo do Direito e seus ramos integrantes. As próprias ciências o enfrentam, necessariamente. Neste plano científico específico, pode-se dizer que um determinado conjunto de proposições, métodos e enfoques de pesquisa acerca de um universo de problemas assume o caráter de ramo de conhecimento específico e próprio quando também alcança autonomia perante os demais ramos de pesquisa e saber que lhe sejam correlatos ou contrapostos.

Quais são os requisitos para a afirmação autônoma de certo campo do Direito?

O jurista italiano *Alfredo Rocco* sintetizou, com rara felicidade, a tríade de requisitos necessários ao alcance de autonomia por certo ramo jurídico. Trata-se, de um lado, da existência, em seu interior, de um *campo temático vasto e específico*; de outro lado, a elaboração de *teorias próprias* ao mesmo ramo jurídico investigado; por fim, a observância de *metodologia própria* de construção e reprodução da estrutura e dinâmica desse ramo jurídico enfocado¹.

A esses três requisitos, acrescentaríamos um quarto, consubstanciado na existência de *perspectivas e questionamentos específicos e próprios*, em contraposição aos prevalecentes nos ramos próximos ou correlatos.

O Direito do Trabalho, cotejado com o conjunto desses quatro requisitos à conquista de sua autonomia, atende largamente ao desafio proposto. De fato, são óbvias e marcantes a *vastidão e especificidade do campo temático* desse ramo jurídico especializado. Basta enfatizar que a relação empregatícia – categoria central do ramo justrabalhista – jamais foi objeto de teorização e normatização em qualquer época histórica, antes do advento da moderna sociedade industrial capitalista. Basta aduzir, ainda, institutos como negociação coletiva e greve, além de temas como duração do trabalho, salário, com sua natureza e efeitos próprios, poder empregatício, além de inúmeros outros assuntos, para aferir-se a larga extensão das temáticas próprias ao Direito do Trabalho.

É amplo também o número de *teorias específicas e distintivas* do ramo justrabalhista. Ressaltem-se, ilustrativamente, as fundamentais teorias justrabalistas de nulidades e de hierarquia das normas jurídicas – ambas profundamente distantes das linhas gerais hegemônicas na teorização do Direito Civil (ou *Direito Comum*).²

É também clara a existência de *metodologia e métodos próprios* ao ramo jurídico especializado do trabalho. Neste passo, a particularidade justrabalhista é tão pronunciada que o Direito do Trabalho destaca-se pela circunstância de possuir até mesmo métodos próprios de criação jurídica, de geração da própria normatividade trabalhista. É o que se ressalta, por exemplo, através dos importantes mecanismos de negociação coletiva existentes.

Por fim, o Direito do Trabalho destaca-se igualmente pelo requisito de incorporar *perspectivas e questionamentos específicos e próprios*. De fato, este ramo especializado enfoca problemas afins a outros ramos jurídicos de modo inteiramente distinto ao perfilado pelos ramos tradicionais. Veja-se a relação credor/devedor, que, no Direito Civil, é, em geral, normatizada sob a perspectiva básica favorável ao devedor: o Direito Obrigacional Civil constrói-se sob a perspectiva do devedor, elaborando princípios e regras segundo essa perspectiva primordial. Já o Direito Individual do Trabalho constrói-se sob a perspectiva do credor trabalhista,

1. Rocco, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale* – Parte Generale. Padova: La Litotipo – Editrice Universitaria, 1921, p. 76. A proposição de Rocco é largamente difundida entre os diversos autores de Direito.

2. Sobre a teoria justrabalhista de nulidades, consultar neste Curso o Capítulo XV, item IV. Sobre a teoria de hierarquização de regras jurídicas, consultar o Capítulo V, item VII desta mesma obra.

o empregado, elaborando, consequentemente, princípios e regras de matriz e direcionamento sumamente diversos dos civilistas clássicos.

Desde a plena institucionalização do Direito do Trabalho, no início do século XX, já não se coloca em dúvida a autonomia justrabalhista. Seja pelo exame analítico dos quatro requisitos necessários ao alcance da autonomia de qualquer ramo jurídico ou científico, seja pela pujante reunião de estruturas e dinâmicas de largo impacto social estritamente vinculadas à área justrabalhista (sindicatos, regras coletivas negociadas, greves, organização obreira no estabelecimento e na empresa, legislação trabalhista intensa, etc.), seja pelo já longínquo distanciamento das origens e fase de afirmação do ramo justrabalhista, há muito já não se questiona mais a óbvia existência de autonomia do Direito do Trabalho no contexto dos ramos e disciplinas componentes do universo do Direito e da ciência dirigida a seu estudo. O questionamento que talvez deva ser colocado pelo estudioso do Direito é de ordem inteiramente diversa.

De fato, o debate envolvente a esse tema certamente não será mais frutífero, hoje, se se limitar a discutir sobre a existência ou não da autonomia do Direito do Trabalho e de sua disciplina de pesquisa e reflexão. Tal discussão teve sentido na fase de afirmação do ramo justrabalhista, quando o segmento novo naturalmente tendia a digladiar com o berço teórico e cultural que abrigou seu nascimento, o Direito Obrigacional Civil. O debate contemporâneo, o debate da maturidade do Direito do Trabalho certamente não versará sobre sua autonomia – inquestionável, sob qualquer enfoque que se tome o tema –, mas, em vez disso, sobre os *limites da autonomia do ramo especializado e os compatíveis critérios de integração desse ramo no conjunto do universo jurídico*³. Ilustrativamente, os critérios de integração e harmonização do Direito do Trabalho – e seus princípios específicos – à normatividade constitucional (veja-se a perplexidade provocada pela norma constitucional de 1988, de nulidade das admissões irregulares de servidores – mesmo celetistas); ou ainda os critérios de integração e harmonização do Direito do Trabalho ao Direito Administrativo (veja-se a extrema dificuldade do ramo justrabalhista de conferir consistência aos princípios administrativistas de legalidade e moralidade, quando em aparente confronto com princípios justrabalhistas específicos). Nesta mesma linha, podem se contrapor, também, o debate entre princípios justrabalhistas e ética jurídica (como sugerido, contemporaneamente, pelo tema do “trabalho” ilícito e seus efeitos no Direito do Trabalho).

Este novo e consistente debate é um dos que mais devem instigar os estudiosos do Direito do Trabalho no processo de avanço da modernização e democratização da sociedade brasileira no início do terceiro milênio.

3. Este processo de ruptura de um ramo novo de conhecimento com o tronco básico de onde se desprende – e o anátema que tende a surgir entre os dois segmentos na fase de afirmação autonômica do ramo nascente – é examinado em Mauricio Godinho Delgado. *Direito e Política: Integração e Ruptura na História do Pensamento*, já referido. Nesse ensaio também se examinam as possibilidades (e vantagens teóricas) da retomada de um diálogo entre os ramos próximos, atingida a fase de maturidade do ramo novo desenvolvido e preservada sua fundamental autonomia.

A propósito, em obra já construída no novo milênio⁴, buscamos enfrentar esse instigante debate. De um lado, indicando o tronco fundamental do ramo justrabalhista, seu *núcleo basilar*, sem o qual não se pode referir, com seriedade, à própria existência do Direito do Trabalho. Trata-se, aqui, do núcleo basilar de princípios especiais juslaborativos.⁵

De outro lado, estudando os princípios gerais do Direito aplicáveis ao Direito do Trabalho, com a percepção, nesse grupo genérico, de um núcleo também basilar, perante o qual o ramo justrabalhista não pode ser desinteressado ou impermeável.⁶

III. NATUREZA JURÍDICA

A pesquisa acerca da *natureza* de um determinado fenômeno supõe a sua precisa *definição* – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua *classificação*, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza⁷.

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito (ou até de um ramo jurídico, como o Direito do Trabalho) *consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas* (ou de segmentos jurídicos, no caso do ramo justrabalhista), *de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito*.

É “atividade lógica de classificação”⁸, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

Encontrar a natureza jurídica do Direito do Trabalho consiste em se fixarem seus elementos componentes essenciais, contrapondo-os ao conjunto mais próximo de segmentos jurídicos sistematizados, de modo a classificar aquele ramo jurídico no conjunto do universo do Direito. À medida que esse universo do Direito tem sido subdividido em dois grandes grupos (Direito Público *versus* Direito Privado),

4. Delgado, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. Desde a sua 5ª edição (2017), a obra passou a se denominar *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*.

5. É o que se analisa na mencionada obra, no capítulo intitulado “Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho – núcleo basilar”.

6. Na obra *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, já citada, examinam-se tais diretrizes em dois capítulos: “Princípios Constitucionais do Trabalho” (este, existente desde a 2ª edição) e “Princípios Gerais do Direito (ou de Outros Ramos Jurídicos) Aplicáveis ao Direito do Trabalho” (existente desde a 1ª edição, de 2001).

7. A comparação entre definição e natureza, como procedimentos lógicos acolhidos pela ciência, encontra-se em Delgado, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, p. 78-80, texto a que se reporta no presente instante.

8. A expressão é de Silva, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144. O autor, a propósito, traça, nessa obra, rico contraponto entre *definição jurídica* e *natureza jurídica*.

a pesquisa da natureza jurídica do Direito do Trabalho importa em classificar tal ramo especializado em algum dos grandes grupos clássicos componentes do Direito.

Há uma dificuldade inicial razoável no que tange a essa pesquisa. É que os autores sequer se harmonizam a respeito dos critérios informadores dessa clássica subdivisão, percebendo-se até mesmo o questionamento taxativo sobre a própria validade científica da tipologia Direito Público/Direito Privado. Não obstante tais obstáculos, é indubitável a validade da referida tipologia, que tem ainda expressivo interesse prático para se compreender a essência e posicionamento comparativo dos diversos ramos jurídicos componentes do universo do Direito.

No quadro do largo espectro de critérios voltados à diferenciação entre os segmentos público e privado do Direito, dois surgem como mais objetivos e abrangentes: o critério do *interesse* (oriundo da tradição romana) e o critério da *titularidade* (de origem mais recente, na Idade Moderna).

Pelo critério tradicional, a natureza do interesse prevalente no ramo jurídico (privada ou pública) é que determinaria seu posicionamento classificatório em um dos grupos básicos do universo jurídico. Já pelo critério moderno, a titularidade primordial dos direitos e prerrogativas prevaletentes no ramo jurídico (detida por entes públicos ou, em contrapartida, por pessoas ou grupos privados) é que responderia por seu pretendido posicionamento classificatório.

Roberto de Ruggiero encontra a melhor fórmula de concretização da mencionada tipologia, ao combinar, em um todo coerente, os dois critérios acima enfocados. Para o autor, público será o Direito que tenha por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado ou as do Estado com seus súditos (ideia de titularidade), procedendo em razão do poder soberano e atuando na tutela de bem coletivo (ideia de interesse). Privado, por sua vez, será o Direito que discipline as relações entre pessoas singulares (titularidade), nas quais predomine imediatamente o interesse de ordem particular (interesse)⁹. Não há dúvida de que o critério combinado acima exposto está ainda excessivamente influenciado pela visão individualista tão cara ao velho Direito Civil e que hoje, cada vez mais, mostra-se inadequada aos avanços democratizantes da sociedade ocidental contemporânea. De todo modo, o critério combinado pode ainda ser válido e útil, desde que se substituindo a noção de pessoas singulares por *pessoas privadas, singulares ou coletivas*; desde que se substitua, ainda, a noção de interesse de ordem particular por *interesse de ordem particular, setorial ou comunitária*.

Nesse debate teórico, o Direito do Trabalho já foi classificado como componente do Direito Público, por autores de distinta especialização jurídica¹⁰. Prepondera, hoje, entretanto, a classificação do ramo trabalhista no segmento do Direito Privado¹¹. Há autores, contudo, que consideram esse ramo jurídico inassimilável a qualquer

9. Ruggiero, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 46-47.

10. Ilustrativamente, Monteiro, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8-9 e Maynes, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*, 7. ed. México: Porrúa, 1956, p. 152.

11. Ilustrativamente, Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 5. ed., 2ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8. A posição privatística é a preponderante, hoje, entre os modernos autores trabalhistas.

dos dois grandes grupos clássicos, enquadrando-se em um terceiro grande grupo de segmentos jurídicos, o Direito Social¹².

O posicionamento no grupo do Direito Público estriba-se, fundamentalmente, no caráter imperativo marcante das regras trabalhistas e na tutela próxima à típica de matriz pública que confere aos interesses laborais acobertados por suas regras. Nos modelos justralhistas mais autoritários, esse posicionamento classificatório socorre-se ainda da tendência publicizante (ou *estatizante*) que tais modelos conferem a instituições e práticas trabalhistas: por exemplo, a natureza paraestatal normalmente atribuída a certas instituições essenciais do novo ramo jurídico (principalmente os sindicatos) ou o papel interventivo explícito do Estado nos procedimentos privados de negociação coletiva (como por meio dos dissídios coletivos, por exemplo).

Não obstante os aspectos mencionados, tal procedimento classificatório é claramente equivocado.

É que a natureza jurídica de qualquer ramo do Direito não se mede em função da imperatividade ou dispositividade de suas regras componentes. Se tal critério fosse decisivo, o Direito de Família, formado notadamente por regras imperativas, jamais seria ramo componente do Direito Civil e Privado.

De outro lado, o intervencionismo autoritário que intenta *estatizar* instituições (como os sindicatos) ou métodos (como o da negociação coletiva) próprios à sociedade civil – intervencionismo típico dos modelos justralhistas de normatização estatal subordinada¹³ – *não consegue alterar* a natureza da relação jurídica essencial normatizada pelo Direito do Trabalho, que se mantém como relação jurídica específica do âmbito socioeconômico privado. Finalmente, esse intento de estatização de instituições e métodos tão próprios à sociedade civil corresponde, na verdade, a uma experiência historicamente delimitada, em harmonia às experiências de gestão autocrática das relações políticas e trabalhistas que tiveram importância na história ocidental do século XX. Por essa razão, sua eventual validade fica estritamente circunscrita ao modelo autoritário a que se vincula e serve, não indicando, contudo, a essência e posicionamento classificatório do ramo justralhista especializado.

A eleição de um terceiro segmento jurídico específico (consubstanciado no Direito Social), ao lado do Direito Público e do Direito Privado, para abranger o Direito do Trabalho, como se este fosse parte de um terceiro gênero, tem raízes em *Otto von Gierke*, em fins do século XIX, tendo sido incorporada por autores civilistas, como *Paul Roubier*, e juslaboristas, como *Arthur Nikisch*¹⁴. Não obstante,

12. Ilustrativamente, Gurvitch, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 15-16. No Brasil, a posição foi classicamente adotada por Cesarino Júnior, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: Universidade de São Paulo/LTr, 1980, p. 60-62.

13. Trata-se de referência ao modelo trabalhista autoritário, de origem fascista e caráter corporativista, que teve presença saliente em certos países europeus durante parte do século XX. A respeito dos principais modelos justralhistas nos países de capitalismo central, consultar o Capítulo III deste Curso ("Origem e Evolução do Direito do Trabalho"), em seu item III ("Modelos Principais de Ordens Jurídicas Trabalhistas").

14. A respeito, La Cueva, Mario de. *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Cuarta Edición, México: Porrúa, 1959, p. 221-236. De La Cueva, a propósito, adere também à concepção de Direito Social.

constitui intento passível de críticas, quer do ponto de vista científico, quer do ponto de vista prático.

É que o núcleo do Direito do Trabalho (relação empregatícia) não corresponde a uma categoria jurídica *incomunicável* com outras categorias correlatas de ramos jurídicos próximos (por exemplo, relação de trabalho autônomo, relação de sociedade, de mandato, etc.), o que afasta a necessidade teórica de se formular, para esse ramo especializado, um gênero próprio, distinto do gênero a que se filia, ilustrativamente, o Direito Obrigacional Civil.

De par com isso, a particularidade maior do Direito do Trabalho perante o Direito Obrigacional Civil – a relevância da noção do *ser coletivo* em seu interior, em contraposição ao individualismo prevalecente no Direito Civil – não é, como visto, característica isolada do ramo justrabalhista, estando hoje presente em outros ramos do Direito Privado, como o Direito do Consumidor. De todo modo, o caráter *social* do fenômeno jurídico está presente em qualquer ramo do Direito (mesmo no mais individualista existente), não sendo apanágio do ramo justrabalhista. Finalmente, a dubiedade teórica (e mesmo histórica) desse suposto segmento (como já ressaltado) compromete sua própria funcionalidade para o estudo da natureza jurídica do Direito do Trabalho.¹⁵⁾

Enfocada a substância nuclear do Direito do Trabalho (relação de emprego) e seu cotejo comparativo com a substância dos demais ramos jurídicos existentes – e não se optando por seu enquadramento no chamado *Direito Social* –, não há como se escapar da conclusão de que o ramo justrabalhista situa-se no quadro componente do Direito Privado. À medida que a categoria nuclear do Direito do Trabalho é essencialmente uma relação entre particulares (a relação empregatícia), esse ramo jurídico, por sua essência, situa-se no grupo dos ramos do Direito Privado – em que preponderam relações próprias à sociedade civil, pactuadas entre particulares¹⁶. A justeza dessa conclusão teórica mais se evidencia pela circunstância de ter essa classificação aptidão de abranger desde os modelos mais democráticos e descentralizados de normatização trabalhista até os modelos mais autoritários de normatização juslaboral. É que se sabe, afinal, que a tutela do Estado sobre relações

15. Reconheça-se que a concepção concernente à existência de um *Direito Social*, como terceiro campo diferenciado dos ramos jurídicos, por além do Direito Público e do Direito Privado, tem recobrado prestígio contemporaneamente, em face da especificidade acentuada tanto dos ramos do Direito Público (Direito Penal, Direito Tributário, Direito Administrativo, notadamente), como dos ramos tradicionais do Direito Privado (Direito Civil e Direito Empresarial, principalmente). Nesse contexto, o Direito Social corresponderia a amplo e próprio campo jurídico, formado por múltiplos ramos especializados do Direito, dotados de normas prevalentemente imperativas, com forte conteúdo social e força de repercussão em largo espectro da comunidade envolvente; seriam, assim, ramos distintos tanto daqueles essencialmente privatísticos e individualistas (como o Direito Civil e o Direito Empresarial), como dos ramos eminentemente públicos (como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Penal). Nessa medida e acepção, o Direito Social formaria campo normativo específico e demarcado, composto pelo Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor e Direito Ambiental, em contraposição aos antigos campos do Direito Privado e do Direito Público.

16. É o que bem aponta, por exemplo, Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 29-30, que enxerga no Direito do Trabalho uma “especialização” do Direito Civil (loc. cit.).

privadas não é incompatível com a natureza de Direito Privado do ramo jurídico em exame – como se percebe, por exemplo, pelo caso do Direito de Família.

É óbvio que a concepção de Direito Privado não pode manter-se prisioneira da visão individualista hegemônica no velho Direito Civil – e que sempre se espalhou pelo conjunto da Teoria do Direito. As relações jurídicas privadas envolvem tanto um largo universo de vínculos em que prepondera a perspectiva individual de interesses, como um cada vez mais relevante universo de vínculos em que prepondera a perspectiva grupal, coletiva ou até mesmo social de interesses. Mais que isso, há relações que simplesmente se travam entre seres coletivos – como visto no Direito do Trabalho, em especial no segmento juscoletivo –, independentemente do impacto individual que produzem no âmbito isolado de cada pessoa. Apenas sob esta compreensão atualizada e abrangente é que se torna adequada e rica a discussão sobre o presente tema.

Esclareça-se, finalmente, que a natureza jurídica do Direito do Trabalho já foi considerada *mista* por alguns autores, como se fosse este ramo um “conúbio indissociável e inseparável de instituições de Direito Público e Direito Privado”¹⁷. Nesta linha, o presente debate classificatório perderia sentido quanto ao segmento justrabalista, pois ele seria uma mistura dos dois segmentos.

Entretanto, a concepção de Direito misto é falha, quer por não captar a existência de uma identidade própria ao ramo justrabalista, quer por centrar seu critério de análise no tipo de regras jurídicas componentes do mencionado ramo.

Contrapõe-se à visão de *Direito misto* a concepção de *Direito unitário*, pela qual a reunião de institutos de origem diversa no Direito do Trabalho não lhe retiraria a coerência e diretriz uniformes. Em consequência, ele formaria um “... todo orgânico, diferenciado e tanto quanto possível autossuficiente”¹⁸. A concepção unitária, mais correta, do ponto de vista científico, integra-se, naturalmente, ao debate sobre a classificação do ramo juslaboral no Direito Público, Privado ou Social. Ou seja, o Direito do Trabalho é um *ramo jurídico unitário* que se enquadra no campo do Direito Privado (posição hegemônica) – embora haja autores que preferam realizar esse enquadramento no Direito Público ou, ainda, no Direito Social.¹⁹

IV. RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OUTROS CAMPOS DO DIREITO

O Direito do Trabalho, embora sendo ramo jurídico especializado, mantém relações permanentes e, às vezes, estreitas com outros campos do Direito.

17. É o argumento de Botija, Eugenio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1955, p. 14.

18. Moraes Filho, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 133.

19. Reitere-se que a concepção de *Direito Social*, na qualidade de terceiro bloco classificatório dos ramos jurídicos existentes no mundo ocidental contemporâneo, ao lado da antiga dualidade Direito Público/Direito Privado, tem renovado seu fôlego explicativo e seu prestígio na atualidade, conforme já exposto anteriormente neste mesmo item III do presente Capítulo.

1. Relações com o Direito Constitucional

O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justralhista no universo geral do Direito. Em seguida ao deflagrar da tendência de *constitucionalização do ramo juslaborativo*, com as Constituições de 1917, no México, e 1919, na Alemanha (no Brasil, a tendência iniciou-se com o Texto Máximo de 1934), as relações entre as duas áreas acentuaram-se, significativamente.

Após a Segunda Guerra Mundial – superadas, na Europa, as experiências traumáticas e constrangedoras do fascismo e nazismo –, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo *status* ao processo de constitucionalização justralhista. É que passaram a inserir nos Textos Magnos não só direitos laborativos, mas, principalmente, *princípios jurídicos*, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade humana, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, da centralidade da pessoa humana na sociedade, na economia e no Direito, da valorização socioeconômica e jurídica do trabalho e emprego, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social, da igualdade em sentido material (além da tradicional visão formalística do princípio jurídico), todos atuando como fochos orientadores das ações estatais e da sociedade civil. Nesta linha, as Constituições da França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949); posteriormente, os Textos Magnos de Portugal (1976) e Espanha (1978).

No Brasil, essa tendência de constitucionalização verificou-se a partir dos anos 1930. Começada na Constituição de 1934, foi mantida em *todas* as Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969 – esta, oriunda da EC. n. 1, de 1969, imposta por uma Junta Militar). Entretanto, tal tendência adquiriu novo *status* com a Constituição de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o *trabalho* e o *emprego*, tal como a matriz do pós-guerra europeu.²⁰

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos do Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.²¹

20. Sobre a relevância dos princípios nos ordenamentos jurídicos fundados no Constitucionalismo Humanístico e Social subsequente à Segunda Guerra Mundial e, em particular, os *princípios constitucionais do trabalho* na Constituição Brasileira de 1988, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2017.

21. Para essas inter-relações, consultar o artigo deste autor, “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, inserido na seguinte obra dual: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2017. Para análise dos *princípios constitucionais do trabalho* e princípios do Direito

sentido formal, mas também em sentido material; o princípio da não discriminação; o princípio da justiça social; o princípio do bem-estar individual e social.

Em outro plano, os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* (o primeiro também formulado como *princípio da proibição do excesso*).

Em um terceiro plano, o princípio da *boa-fé* e seus corolários, os princípios do *não enriquecimento sem causa*, da *vedação ao abuso do direito* e da *não alegação da própria torpeza*.

Como já sugerido por este autor em outra obra²³, a importância desses três princípios é também aqui, na área trabalhista (assim como, em geral, no restante do Direito), tão exponencial que podem ser arrolados como parte integrante do cerne do Direito do Trabalho – *mas só que são a parte do cerne do Direito do Trabalho que se comunica de modo próximo e intenso com o restante do Direito ou alguns dos segmentos mais importantes deste*. Não são, desse modo, a parte que se distancia, que se afasta, que marca a distinção justrabalhista perante os demais segmentos jurídicos (parte esta capitaneada pelos princípios *especiais* do Direito do Trabalho). São, ao reverso, a parte que assegura a comunicação e integração do Direito do Trabalho com o universo jurídico mais amplo circundante.

Tais princípios gerais do Direito atuantes no ramo trabalhista caracterizam-se por incorporar diretrizes centrais da própria noção de Direito, seja englobando valores essenciais da vida humana, elevados ao ápice pelas modernas constituições democráticas (como o princípio da dignidade do ser humano), seja referindo-se a comandos diretores fundamentais para as relações entre os sujeitos de direito (como o princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade e o princípio da boa-fé).

São, desse modo, princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos jurídicos especializados, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o Direito como um efetivo *sistema*, isto é, um conjunto de partes coordenadas.

O estudo mais aprofundado sobre o tema dos princípios – inclusive os externos ao Direito do Trabalho, mas a ele aplicáveis – será feito no Capítulo VI do presente Curso²⁴.

3. Relações com o Direito Civil

A matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial, seu segmento regulatório das *obrigações*. Em consequência, permanecem inevitáveis as relações entre os dois campos do Direito.

23. DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

24. Consultar também a obra deste autor: *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Não há dúvida, porém, de que a autonomização do ramo justrabalhista conduziu à separação das duas esferas jurídicas, buscando o Direito do Trabalho, ao longo de seus 150/170 anos de existência, firmar suas particularidades, em contraponto ao estuário original de onde se desprende.

Contudo, ainda assim, há importantes institutos, regras e princípios do Direito Civil que preservam interesse à área justrabalhista. Ilustrativamente, os critérios de fixação de responsabilidade civil, fundada em culpa, que se aplicam a certas situações de interesse trabalhista (veja-se o caso da responsabilidade do empregador em vista de dano acidentário – art. 7º, XXVIII, CF/88). É claro que avanços verificados no plano civilista podem, sem dúvida, atingir também o ramo juslaboral, se houver a necessária compatibilidade de segmentos jurídicos. Nesta linha, a tendência do novo Código Civil de *objetivar*, em certa medida e em determinadas situações, a responsabilidade do empregador perante seu empregado, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do art. 927 do CCB/2002, vigente desde 11.01.2003).

Por outro lado, a teoria civilista de nulidades. Embora o ramo justrabalhista tenha elaborado, como sua regra geral, teoria de nulidades específica e distinta, a velha matriz do Código Civil ainda se aplica a algumas situações de vícios nos elementos constitutivos do contrato de trabalho. É o que se passa no tocante à ilicitude do objeto do contrato empregatício (o chamado trabalho ilícito, ou melhor, *atividade* ilícita).

Esse tipo de relação verifica-se também no que tange à teoria hierárquica de normas justrabalistas. Embora o Direito do Trabalho também tenha elaborado teoria própria, muito diferente da oriunda do Direito Civil (teoria justrabalhista baseada no *princípio da norma mais favorável*, constitucionalizado no *caput* do art. 7º da Constituição), a verdade é que a teoria civilista se preserva influente em certos casos de conflitos de regras jurídicas no ramo juslaborativo (notadamente, quando se tratar de regras proibitivas estatais).

O Direito Civil, por fim, como parte integrante do denominado “Direito Comum”, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, em situações de lacunas nas fontes principais do campo justrabalhista (art. 8º, *caput* e antigo parágrafo único, CLT; desde 11.11.2017, com a Lei n. 13.467/2017, art. 8º, *caput* e § 1º, CLT). Cabe notar, porém, que a aplicação da regra civilista não tem o condão de revogar regra juslaborativa especial: é que, em tal caso, não terá havido lacuna, inviabilizando a analogia pretendida; além disso, a regra especial não se invalida, por força do surgimento de regra geral distinta, do mesmo modo que não tem aptidão para influir no campo de atuação desta.²⁵

25. Sobre a não aplicação de regras civis e processuais civis no campo material e processual trabalhista, quando incompatíveis, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: critérios para a importação de regras legais civis e processuais civis*. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, maio de 2007, p. 553-554. Consultar também DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* – com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed., São Paulo: LTr, 2018, especialmente, no Capítulo IV, item III, o subitem III.3 (“Fontes Subsidiárias do Direito do Trabalho. Limitações à Interpretação Jurídica pela Justiça do Trabalho. Alterações do Art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, da CLT”).

Registre-se que inúmeras dessas relações serão retomadas ao longo do presente Curso de Direito do Trabalho.

4. Relações com o Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social)

Os vínculos do Direito do Trabalho com o ramo jurídico previdenciário (ou Direito da Seguridade Social) são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental.²⁶

Hoje tais vínculos preservam-se estreitos, inclusive pelo fato de parte significativa da arrecadação da Previdência Oficial, no sistema brasileiro, originar-se da *folha de salários das empresas*, tomando como base de cálculo, *no caso dos empregados*, as verbas de natureza salarial por eles recebidas, inclusive as equiparadas aos salários para tais fins, como as gorjetas (arts. 29, § 1º, e 457, *caput*, CLT)²⁷.

A Constituição de 1988, em seu texto original, firmava relação mais rigorosa entre “folha de *salários*” (incluindo as gorjetas, como exposto) e *salário de contribuição* (antigo art. 195, I, CF/88). Desde a EC n. 20, de 15.12.1998, a contribuição social passou a incidir, no tocante à entidade empresarial e respeitadas outras bases de cálculo (receita, faturamento, lucro), sobre “a folha de *salários* e demais *rendimentos do trabalho* pagos ou creditados, a *qualquer título*, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” (art. 195, I, “a”, CF/88; grifos acrescidos).²⁸

O parâmetro do salário de contribuição do empregado, evidentemente, submete-se à mesma regra constitucional, centrada na noção de salário e parcelas a este equiparadas, como as gorjetas (art. 195, II, CF/88).

A matéria ganhou maior importância para o Direito do Trabalho em virtude da nova competência do Judiciário Trabalhista, fixada pela mesma Emenda

26. Sobre esse processo histórico, que também desaguaria, já no século XX, na Europa Ocidental, no *Welfare State*, consultar a obra coletiva arquitetada por DELGADO, Mauricio Godinho e PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, São Paulo: LTr, 2007 (2. ed.: 2018). Igualmente o seguinte livro coletivo: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*. São Paulo: LTr, 2019.

27. As gorjetas são consideradas, rigorosamente, *remuneração*, uma vez que pagas por terceiros e não pelo empregador; porém, compõem a base de cálculo do salário de contribuição do empregado.

28. Há ponderações sociopolíticas no sentido de se desfocar, no possível, da *folha salarial* a incidência da contribuição previdenciária do *empregador*, fazendo-a incidir sobre outra base de cálculo (faturamento, por exemplo). Semelhante *reforma normativa* iria favorecer, no sentido tributário, empresas mais agregadoras de mão de obra, desonerando seus encargos indiretos da contratação empregatícia. Mesmo se implementada essa recomendável reforma normativa (que teria de ser feita com equilíbrio, racionalidade e sensatez, de modo a não diminuir a arrecadação tributária estatal, porém, apenas deslocar sua base de cálculo, seu foco de incidência), manter-se-iam fortes os laços entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho. Esclareça-se, de toda maneira, que o intento pretendido pelo Governo Federal, a partir da MP. n. 540, de 2.8.2011, de realizar tal reforma tributária, inegavelmente se frustrou: é que, no exame da MP. n. 540, o Congresso Nacional decidiu diminuir acentuadamente as alíquotas fiscais, ampliando também desmesuradamente os setores econômicos favorecidos, provocando injustificável e a-técnica redução da arrecadação tributária estatal desde então.

Constitucional 20/1998, de executar, “de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*’, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir” (art. 114, § 3º, CF/88, conforme EC 20, de 1998; desde EC 45/2004, art. 114, VIII).

Nesse quadro, a diferenciação entre *parcelas salariais* (e equiparadas, como as gorjetas – tidas como remuneração) e *parcelas não salariais*, em especial as *indenizatórias*, passou a ser fundamental na prática processual trabalhista. É que não incide contribuição previdenciária sobre parcela rigorosamente *indenizatória*, por não se tratar, como é óbvio, de *salário*, e nem mesmo de *rendimento do trabalho*, porém mero ressarcimento de despesas em função da prestação de serviços ou de parcelas trabalhistas cuja efetiva fruição foi frustrada. É claro que verbas relativas a apenações (multas) também não ostentam natureza de salário ou rendimento.

Para a análise mais circunstanciada de tais conceitos e distinções, verificar o Capítulo XXI deste Curso, que trata de remuneração e salário.

5. Direito do Trabalho e Direitos Humanos

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão *social* mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana.

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam.

Ora, a conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural –, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho²⁹.

Insista-se nesse debate – hoje de importância ainda maior em face do avanço disruptivo e anticivilizatório da ideologia ultraliberalista no mundo ocidental, inclusive,

29. Sobre a importância do Direito do Trabalho, como instrumento decisivo e generalizado de distribuição de poder e de riqueza para a maior parte das populações na sociedade capitalista, mesmo em sua fase contemporânea globalizada, consultar, DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2006). A respeito dos vínculos entre o ramo trabalhista e o jus-humanístico, ler ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

LIVRO II

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Capítulo IX

RELAÇÃO DE EMPREGO – CARACTERIZAÇÃO

I. INTRODUÇÃO

A relação jurídica, englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é, como visto, a categoria básica do fenômeno do Direito. Efetivamente, ela se qualifica como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico.

Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados. Na verdade, a especialização desses ramos surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a deflagrar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação surgida. A particularidade das relações jurídicas próprias ao Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Civil (e a particularidade das relações jurídicas nucleares de cada um dos segmentos deste último ramo jurídico: Direito das Coisas, Direito Obrigacional, Direito de Família, etc.) é que irá justificar a construção de características teóricas e normativas tão distintas para cada um dos clássicos ramos que compõem o universo jurídico hoje.

No ramo jurídico trabalhista, esse núcleo básico centra-se na relação de trabalho, mais propriamente na *relação de emprego*.

Relação de Trabalho versus Relação de Emprego – A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *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, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo *ser humano*, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, o *conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim*.¹

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.

Passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a perspectiva econômico-social, quer sob a perspectiva jurídica. No primeiro plano, por se generalizar ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho.

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço às demais relações de trabalho ou assimilando às suas normas situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (*relação de emprego*) pela denominação cabível ao gênero (*relação de trabalho*). Nessa linha, utiliza-se a expressão *relação de trabalho* (e, conseqüentemente, *contrato de trabalho* ou mesmo *Direito do Trabalho*) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico.

Essa tendência, embora possa ser criticada sob o enfoque estritamente técnico-jurídico, já está hoje absolutamente consolidada. A consolidação de tal tendência – que

1. Conceito de Instituto Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2743.

se originou, é verdade, da incontestável hegemonia fático-jurídica da relação empregatícia no universo de todas as relações de trabalho – torna meramente acadêmica e formalista a insistência em se recusar validade teórica às expressões tradicionais (relação de trabalho e contrato de trabalho) para designar a relação e instituto de caráter específico (relação de emprego e contrato de emprego). Desse modo, deve o leitor atentar para o fato de que, muitas vezes, está-se utilizando a expressão *relação de trabalho* (ou *contrato de trabalho*) com o objetivo estrito de se referir às figuras técnico-jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício.

II. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem pode se concretizar segundo fórmulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia.

Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho.

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego (a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC n. 45/2004 – art. 114, I a IX, CF/88 – não retirou a hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada).

1. Distinções na História do Direito

A Ciência do Direito já fixou, com clareza, o posicionamento histórico do Direito do Trabalho no contexto da emergência e desenvolvimento da sociedade industrial contemporânea, por ser apenas nesse instante histórico que surge, com relevância sociojurídica, a categoria básica desse ramo jurídico especializado – a relação empregatícia. Não há como, portanto, encontrar-se em períodos medievais

ou antigos, com caráter de relevância, vínculo jurídico que possa ser identificado com a relação de emprego².

O trabalho empregatício (enquanto trabalho livre, mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista. Essa generalidade socioeconômica do trabalho empregatício é, entretanto, como visto, um fenômeno sumamente recente: nos períodos anteriores ao século XIX predominava o trabalho não livre, sob a forma servil ou, anteriormente, escrava. Naquele antigo e/ou medieval quadro de predomínio da utilização escrava ou servil do trabalho humano, restava um exíguo espaço socioeconômico para a contratação de prestação de trabalho livre; em tal contexto, as normas e conceitos jurídicos referentes a tais infrequentes modalidades de utilização do trabalho livre eram, também, compativelmente escassas.

O Direito Romano fornece apenas duas modalidades de contratação de trabalho livre, nenhuma delas assimilável, tecnicamente, à relação de emprego: a *locatio operis* e a *locatio operarum*.

A *locatio operis* caracterizava-se pela contratação de um trabalho especificado segundo o seu resultado – a obra. Garantida a autonomia do prestador de trabalho, semelhante contrato transferia também ao prestador os riscos inerentes à efetuação de seu trabalho – e da obra prometida. A figura, como se percebe, aproxima-se da contemporânea figura civilista da *empreitada*.

Na *locatio operarum* importava não a contratação da obra (do resultado), mas os serviços pactuados, o trabalho prestado – preservada a autonomia do prestador contratado. Nessa modalidade de contrato, o risco do resultado transferia-se ao contratante do serviço e não a seu prestador. A figura aproxima-se, desse modo, relativamente, da contemporânea *locação de serviços*.

A presente referência histórico-jurídica conduz a algumas reflexões. De um lado, não se percebe, nesse quadro contextual, a ocorrência da realidade fática do trabalho livre, subordinado, contínuo e, desse modo, da relação de emprego ou contrato de emprego. Inexistente o fato da relação empregatícia, não se formulou, obviamente, a resposta conceitual e normativa correlata (a figura jurídica da relação de emprego).

De outro lado, a cultura escravista acerca do trabalho e do trabalhador negava valorização ética e jurídica à então mais frequente modalidade de manifestação do fenômeno (a escravatura). Isto, somado à assimilação da mais frequente figura de trabalhador (o escravo) à noção de *bem*, *coisa*, tudo induzirá à aproximação, na época, da relação jurídica de prestação de trabalho livre à figura singela da locação (*locatio*). Assim, à semelhança da locação de coisas, havia a locação de trabalho.

A notícia histórica examinada apenas confirma o nítido posicionamento sócio-histórico contemporâneo da relação empregatícia. Somente a partir do processo

2. A respeito da origem e posicionamento histórico da relação de emprego e do próprio Direito do Trabalho, consultar o Capítulo III deste Curso.

de surgimento do trabalho juridicamente livre, em finais da Idade Média, como um dado intenso, relevante e crescente; somente, tempos depois, com a dinâmica de construção da sociedade industrial urbana – que reconectou aquele trabalhador ao sistema produtivo, por meio de uma nova modalidade de relação jurídica, que iria se tornar dominante (a relação de emprego) – em síntese, somente a partir desse quadro contextual complexo é que se firmaram as condições para a consumação da nova relação jurídica empregatícia. Por essas razões é que a pesquisa sobre a caracterização da relação de emprego é essencialmente uma pesquisa em torno da modernidade, uma investigação sobre elementos e dinâmicas muito próprios à contemporânea sociedade capitalista originada no Ocidente.

2. Critérios de Caracterização da Relação Empregatícia

A proposição de método oriunda das Ciências Sociais, informadora de que “todo fenômeno sócio-histórico resulta da síntese de múltiplas determinações”³, socorre, uma vez mais, o estudioso do Direito na pesquisa acerca da formação e caracterização da figura jurídica da relação de emprego.

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (*elementos fático-jurídicos*), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *pessoalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*.

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda *pessoa física* que prestar *serviço de natureza não eventual* a empregador, *sob a dependência deste e mediante salário*”. Por fim, no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a *prestação pessoal de serviços*”.

Tais elementos são, portanto: trabalho *não eventual*, prestado “*intuitu personae*” (*pessoalidade*) por *pessoa física*, em situação de *subordinação*, com *onerosidade*.

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles, porém, captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos *fático-jurídicos*).

3. A proposição, como se sabe, é de Karl Marx, embora no século XX tenha também permeado construções teóricas de outra direção, como o *funcionalismo* norte-americano. Ou seja, é proposição de método consagrada por distintas vertentes das Ciências Sociais.



LIVRO III

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Capítulo XXXIII

DIREITO COLETIVO: ASPECTOS GERAIS

I. INTRODUÇÃO

Direito do Trabalho é o complexo de regras, princípios e institutos jurídicos que regulam as relações empregatícias, quer no plano especificamente das obrigações contratuais de caráter individual, quer no plano mais largo dos vínculos estabelecidos entre os entes coletivos que representam os sujeitos desse contrato. O Direito do Trabalho regula, ainda, outras relações laborativas não empregatícias *especificadas* em lei.

É ramo *especial* do Direito, desprendido desde meados do século XIX da matriz civilista originária, em direção à construção de uma cultura jurídica com regras, instituições, teorias, institutos e princípios próprios, os quais, em seu conjunto, asseguram-lhe autonomia no universo diversificado do Direito. Sua particularidade intensifica-se, inclusive, no tocante a seu direcionamento, vinculado ao objetivo histórico de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no sistema socioeconômico.

Engloba o Direito do Trabalho dois segmentos, um *individual* e um *coletivo*, cada um contando com regras, instituições, teorias, institutos e princípios próprios.

O Direito Individual do Trabalho trata da *regulação do contrato de emprego*, fixando direitos, obrigações e deveres das partes. Trata, também, por exceção, de outras relações laborativas especificamente determinadas em lei.

O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada *autonomia privada coletiva*, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores.

Prevalece, ainda, certa controvérsia acerca da autonomia do segmento juscoletivo trabalhista, com a existência ou não de princípios específicos, ou sobre a aplicabilidade plena dos princípios do Direito Individual do Trabalho sobre o segmento juscoletivo. Este debate será examinado, logo a seguir, neste capítulo e no próximo do presente Curso de Direito do Trabalho.

Registre-se que, independentemente da referida controvérsia, há institutos e particularidades do Direito Coletivo do Trabalho que reclamam exame circunstanciado. Trata-se, por exemplo, da negociação coletiva e seus instrumentos; dos sujeitos coletivos trabalhistas, especialmente os sindicatos; da greve; da mediação e da arbitragem coletivas; do dissídio coletivo. Além da necessidade desse estudo técnico, é preciso que se aprofundem as reflexões sobre o Direito Coletivo no Brasil, em face de seu reiterado ofuscamento ao longo da evolução justrabalhista no País, desde o século XX.

II. DENOMINAÇÃO

Este segmento justrabalhista tem recebido distintas denominações desde seu surgimento no século XIX. Hoje, disputam hegemonia dois epítetos, *Direito Coletivo do Trabalho* e *Direito Sindical*, com certa concorrência, ainda, da expressão *Direito Social*.

1. Denominações Arcaicas

Há que se registrar, no estudo, a presença de certas denominações hoje consideradas arcaicas. Trata-se de epítetos que designaram, em épocas mais remotas, o Direito do Trabalho em geral, embora também se referindo ao Direito Coletivo. São: Direito Industrial, Direito Operário e Direito Corporativo. Nenhuma delas, entretanto, mereceu permanecer no tempo, em face de suas próprias debilidades.

O designativo *Direito Industrial* é, de fato, claramente inadequado para espelhar o objeto a que se pretende referir, seja todo o Direito do Trabalho, seja apenas seu segmento, Direito Coletivo.

O epíteto foi influenciado pela circunstância de que o ramo justrabalhista surgiu, na Europa de século e meio atrás, efetivamente vinculado à dinâmica da crescente industrialização. Mas esse ponto de referência mostrava-se inadequado para justificar a denominação escolhida, uma vez que ela era, sob certa perspectiva, muito mais ampla do que o fenômeno justrabalhista a que se queria reportar. De fato, na expressão Direito Industrial está sugerida a presença de regras, institutos e princípios que não se circunscrevem propriamente à área justrabalhista, interessando também ao Direito Comercial/Empresarial e Direito Econômico (por exemplo, invenções, patentes, relações tecnológicas, etc.). É inadequado para designar, portanto, não só o Direito do Trabalho como seu segmento juscoletivo.

Há uma segunda inadequação neste superado epíteto: ao mesmo tempo em que se mostra excessivamente amplo (sugerindo relações de Direito Econômico ou Comercial/Empresarial), ele também se mostra, por outro lado, inábil a captar todo o universo de relações justrabalhistas, que se estabelecem e se desenvolvem por muito além do estrito segmento industrial (ilustrativamente, setores de serviços e agropecuário). Ao fixar, desse modo, em um setor econômico (a indústria) o critério de escolha de sua denominação, o epíteto Direito Industrial lançou uma

enganosa pista acerca do ramo jurídico que pretendia identificar, comprometendo de modo definitivo a validade de sua própria existência, enquanto denominação desse universo jurídico.

A expressão *Direito Operário* tem história e destino semelhantes aos do epíteto anterior. Também influenciada pela circunstância de que o Direito do Trabalho, de fato, originalmente surgiu no segmento industrial, envolvendo, portanto, as relações entre *operários* e empregadores, este epíteto elegeu como critério para identificação do novo ramo jurídico o tipo específico de empregado da indústria, o operário.

Ao incorporar tal critério, esta segunda denominação também iria se mostrar inadequada à identificação do objeto a que pretendia se referir: de um lado, reduzia o fenômeno amplo e expansionista do Direito do Trabalho a seu exclusivo segmento original, o operariado (e logo, à indústria); de outro lado, enfocava preferentemente o novo ramo jurídico a partir somente de um de seus sujeitos (o empregado operário), em vez de enfatizar a sua categoria nuclear, a relação jurídica empregatícia. Por fim, a designação era incapaz de sugerir quase nada no tocante ao Direito Coletivo, propriamente.

A expressão *Direito Corporativo* é também flagrantemente inadequada. Tornou-se corrente durante as experiências juspolíticas características dos modelos de normatização estatal e subordinada, em especial o fascismo italiano do entreguerras do século XX. Este epíteto, entretanto, construiu-se mais como instrumento de elogio ao tipo de modelo de gestão sociopolítica a que se afiliava do que, na verdade, subordinado a uma preocupação científica de identificar com precisão um objeto determinado. De todo modo, a ideia de *corporação* apenas dissimulava a relação sociojurídica nuclear desenvolvida no estabelecimento e na empresa (a relação de emprego), não traduzindo, portanto, com adequação, o aspecto cardeal do ramo jurídico especializado do Direito do Trabalho. Comprometido com o ideário e práticas autoritárias do regime político a que servia, este epíteto eclipsou-se na cultura justrabalhista tão logo expurgada a experiência autocrática fascista no findar da Segunda Guerra Mundial.

2. Denominações Atuais

Conforme já exposto, as expressões *Direito Coletivo do Trabalho* e *Direito Sindical* disputam, atualmente, hegemonia quanto à designação do segmento juscoletivo trabalhista. A seu lado, insistindo na concorrência, existe também a expressão *Direito Social*.

A) Direito Coletivo do Trabalho – Trata-se de denominação de caráter objetivista, realçando o conteúdo do segmento jurídico identificado: relações sociojurídicas grupais, coletivas, de labor.

As denominações objetivistas tendem a ser superiores, tecnicamente, às subjetivistas, por enfocarem a estrutura e as relações do ramo jurídico a que se reportam, em vez de apenas indicar um de seus sujeitos atuantes. É o que se passa no presente

caso. O caráter objetivista do epíteto adotado já chama atenção para as relações coletivas tratadas nesse segmento do Direito, seja através da atuação sindical, seja através de outras modalidades de ação coletiva de relevância.

B) Direito Sindical – A presente denominação tem caráter subjetivista, enfatizando um dos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho: o sindicato.

Efetivamente, a presença das entidades sindicais, especialmente as obreiras, é determinante no cenário coletivo trabalhista, uma vez que tendem a consubstanciar a efetividade do ser coletivo obreiro no cenário social. Há sistemas jurídicos – como o brasileiro, a propósito – que até mesmo subordinam a validade da negociação coletiva trabalhista à real participação no processo da entidade sindical dos trabalhadores. Esta circunstância, sem dúvida, reforça o apelo da denominação referida no sistema jurídico do País.

Contudo, do ponto de vista técnico, ela é menos abrangente do que a anterior, já que parece sugerir que o objeto do Direito Coletivo do Trabalho está inteiramente ligado às entidades sindicais – o que não é verdade. Há, por exemplo, sistemas jurídicos que reconhecem a entidades coletivas não sindicais aptidão jurídica para atos juscoletivos, sem desprezo da *hegemonia* sindical¹. Além disso, há atos ou institutos coletivos trabalhistas que não passam, necessariamente, pelo sindicato: ilustrativamente, as greves *selvagens*, feitas contra ou sem a direção sindical; ou as entidades representativas internas a empresas, sem a participação sindical.

De todo modo, pode-se encontrar na doutrina denominação mista, decorrente da reunião das duas expressões prevalecentes: *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. Embora haja certa tautologia no epíteto misto, ele representa uma tentativa de superar o presente debate.

C) Direito Social – A expressão *Direito Social* marca-se pela dubiedade. Designa, às vezes, não somente todo o Direito do Trabalho (individual e coletivo), como também seu ramo associado, Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho. Pode ser utilizada também para se referir ao ramo juscoletivo trabalhista.

Além disso, é epíteto que se usa, ainda, para designar ampla área jurídica, formada por ramos autônomos, de forte conteúdo e impacto comunitários, tais como Direito do Trabalho, Direito Ambiental e Direito do Consumidor.

Há outra dubiedade apontada nesse epíteto: a circunstância de a expressão *social*, na essência, traduzir característica atávica a qualquer ramo jurídico, não podendo, desse modo, identificar com singularidade apenas um deles. Ainda que se argumentasse que certos ramos têm um conteúdo social maior do que outros (o Direito do Trabalho em contraposição ao civilista Direito das Obrigações, por exemplo), não se poderia, em contrapartida, negar que tal característica não é exclusiva do ramo juslaboral, hoje. Observe-se que o conteúdo social do Direito do

1. Há entidades não necessariamente sindicais que podem participar de aspectos do processo negocial coletivo na Itália e Espanha, por exemplo. A respeito, consultar NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 291-292. Do mesmo autor, *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 506.

Consumidor ou do Direito Ambiental não é seguramente inferior àquele inerente ao Direito do Trabalho.

Toda essa dubiedade compromete o próprio uso e funcionalidade da presente expressão.

III. DEFINIÇÃO

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados.

Na busca da essência e elementos componentes dos distintos ramos do Direito, os juristas tendem a adotar enfoques diferenciados: subjetivistas, objetivistas e mistos.

Nessa linha, as *definições subjetivistas* firmam seu enfoque nos sujeitos das relações jurídicas centrais do ramo definido. As *definições objetivistas*, por sua vez, enfatizam o conteúdo objetivo das relações jurídicas tratadas por esse mesmo ramo do Direito. Finalmente, as *definições mistas* procuram combinar os dois enfoques acima especificados.

O jurista *Cesarino Júnior* oferta exemplo de definição subjetivista do Direito Coletivo do Trabalho: *conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais*².

Esclareça-se que, à semelhança das *denominações* subjetivistas, que se referem à entidade sindical, também, aqui, a referência básica das definições subjetivistas será a essa entidade.

É definição objetivista a ofertada pelo jurista *Amauri Mascaro Nascimento*: *ramo do direito do trabalho que tem por objeto o estudo das normas e das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical*³.

A partir do critério misto, podemos, finalmente, definir Direito Coletivo do Trabalho como *o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais*.

IV. CONTEÚDO

Todo sistema consiste em um conjunto de partes coordenadas, que se articulam organicamente formando um todo unitário⁴. Não obstante formado por um complexo de partes componentes, qualifica-se todo sistema por ter uma categoria básica, que lança sua marca específica e distintiva ao conjunto do sistema correspondente.

2. Citado por NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000, p. 18.

3. NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 19.

4. Caldas Aulete conceitua sistema como um *conjunto de partes coordenadas entre si*. *Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986, p. 1793.

O Direito Individual do Trabalho tem na *relação empregatícia*, individualmente considerada (empregado e empregador), sua categoria básica. A partir dela constroem-se os institutos, princípios e regras essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando suas características próprias perante os demais ramos jurídicos correlatos.

Já o Direito Coletivo Laboral tem nas *relações grupais*, coletivas, entre empregados e empregadores, sua categoria básica, seu ponto diferenciador. Tais relações formaram-se na história do capitalismo a partir do *associacionismo sindical obreiro*, desde o século XIX. Passando a agir por meio de entidades associativas, grupais, os empregados ganharam caráter de *ser coletivo*, podendo se contrapor com maior força e eficiência político-profissionais ao ser coletivo empresarial. A ideia de sujeito coletivo, ser coletivo, derivada das relações grupais estabelecidas nesse segmento justrabalhista, integra-se à categoria básica acima especificada.

Conforme já exposto na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*⁵, no transcorrer do século XIX, perceberam os trabalhadores que um dos sujeitos da relação de emprego (o empregador) *sempre foi um ser coletivo*, isto é, *ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social*, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. Isso porque a vontade empresarial, ao se concretizar em ação, atinge um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atua. Em comparação a ela, a vontade obreira, *enquanto manifestação meramente individual*, não tem a natural aptidão para produzir efeitos além do âmbito restrito da própria relação bilateral pactuada entre empregador e empregado. Relembre-se que o Direito Civil, à época, antes do advento do ramo justrabalhista, tratava os dois sujeitos da relação de emprego como *seres individuais*, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação de ser coletivo detida naturalmente pelo empregador.

O movimento sindical, desse modo, desvelou como equívoca a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do *ser coletivo obreiro*. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual)⁶. A dinâmica de atuação grupal, caracterizada por embates envolvendo grupos sociais, que marca o Direito Coletivo do Trabalho, surgiu, portanto, em torno do ser coletivo obreiro, do sindicato.

O conteúdo do Direito Coletivo do Trabalho se molda, é claro, a partir dessa sua característica sistemática específica, guardada sempre sua relação fundamental com o Direito Individual do Trabalho (afinal, os seres coletivos envolvidos são *trabalhistas*, e a matéria por eles tratada, da mesma natureza). Assim, será na regência jurídica das relações coletivas trabalhistas, assim como na produção jurídica por

5. DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo I, item I.3.

6. DELGADO, M. G., loc. cit.