

# A ZETÉTICA DO DIREITO DO TRABALHO<sup>1</sup>

**Luiz Fernando Coelho**

**Sumário:** **1.** Introdução. **2.** Zetética Jurídica e zetética trabalhista. **3.** O direito do trabalho como corte epistemológico. **4.** Os obstáculos epistemológicos do direito do trabalho. **5.** Interpretação zetética das normas trabalhistas. **6.** Conclusão: Uma zetética trabalhista metadogmática.

## **1. Introdução**

Ao receber o convite, tão amável quanto honroso, para falar aos participantes do II Encontro dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região, vislumbrei a possibilidade de expor um novo campo de pesquisa que

---

<sup>1</sup> Nota da redação:..A publicação deste texto tem alcance histórico. Trata-se de uma palestra proferida pelo Professor Luiz Fernando Coelho, para os juízes reunidos no II Encontro de Magistrados do Trabalho da 9ª Região, e que veio a constituir uma versão inicial da Teoria Crítica do Direito, contribuição do autor ao pensamento jurídico brasileiro. A crítica do direito, na tese do Professor Luiz Fernando Coelho, à época professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, inspirou alguns movimentos políticos, como uma chapa denominada “Zetética” no Diretório Acadêmico da antiga Faculdade de Direito da PUC/PR, e a corrente de pensamento denominada “Direito Alternativo”. Salvo correções ortográficas, a presente publicação respeitou a integralidade do texto original, publicado na Revista do TRT/9ª Volume 5º nº01 Janeiro/Junho, 1980, páginas 12 a 42.

se abre para o jurista, não somente o teórico, acostumado ao tratamento especulativo dos magnos problemas do direito, como também ao jurista prático, advogados e magistrados, encarregados, não de definirem os fundamentos científicos e filosóficos de seu saber, mas de aplicá-lo à solução dos problemas humanos.

Este novo campo, capaz de alargar os horizontes da jurisprudência, é a zetética jurídica, novo modo de encarar o fenômeno jurídico, como ciência e como técnica, que trata de superar a tradicional dogmática jurídica, a qual se vê praticamente exaurida nas suas possibilidades epistêmicas.

Lembro a propósito que, nas minhas aulas de Filosofia do Direito do curso de graduação, e especialmente nas aulas de Teoria Geral do Direito no Curso de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, sempre me referi ao direito do trabalho como uma disciplina dogmática com vocação zetética, ou seja, aquele, dentre os ramos do direito positivo e dentre as subdivisões da ciência do direito, que melhor se prestaria a uma transformação da jurisprudência científica, dadas as raízes históricas que o vinculam à realidade social e aos princípios que o informam como disciplina jurídicas nitidamente vinculada à proteção dos fracos e oprimidos.

Fica assim definido o escopo desta aula: num cenáculo onde se discute a interpretação do direito do trabalho, tentar sistematizar as novas dimensões da ciência do direito como zetética, revelar os seus fundamentos como técnica jurídica e extrair as respectivas ilações para a teoria e a prática do direito do trabalho.

Visto que a teoria zetética do direito desenvolve-se sobretudo no plano da filosofia do direito e da teoria geral, o problema a ser focado refere-se à elaboração de uma zetética jurídica vinculada a um dos ramos do saber jurídico dogmático; e o nosso ponto de referência será o direito do trabalho, com o intuito de verificar as possibilidades de uma teoria do direito do trabalho dimanada da concepção zetética do direito.

Trata-se de esboçar os fundamentos de uma filosofia do direito do trabalho, com implicações na hermenêutica trabalhista e na política trabalhista *de lege ferenda*.

Dividirei minha exposição em cinco partes: na primeira, o que se entende por zetética jurídica e zetética trabalhista; na segunda, já pressupondo nova maneira de encarar a ciência e o direito, examinarei a situação teórica do direito do trabalho como corte epistemológico, ou seja, como ruptura em relação ao direito comum; na terceira adentramos o direito do trabalho, para examinar os obstáculos epistemológicos que se insinuam no saber acumulado da doutrina trabalhista, e que prejudicam a sua reconstrução científica; na quarta parte, verificamos as implicações da teoria zetética na interpretação das normas trabalhistas; e na quinta parte, à guisa de conclusão, arriscarei algumas teses que penso dimanarem da revisão crítica elaborada pela zetética do direito do trabalho.

## **2. Zetética Jurídica e zetética trabalhista**

A teoria zetética do direito, ou zetética jurídica, é um novo modo de encarar o direito como ciência; trata-se de superar a concepção dogmática tradicional, mas a partir de uma visão crítica e prospectiva da ciência,

segundo as últimas conquistas da epistemologia geral; refiro-me especialmente às teorias de Popper e Bachelard, que atribuem à ciência um papel ativo e constitutivo na ordenação da realidade e na construção de seu próprio objeto científico.

Superando o normativo tradicional, a zetética jurídica é uma elaboração teórica vinculada ao conteúdo social e ideológico das normas jurídicas; ou seja, ao contrário da metodologia jurídica dogmática, que tende à abstração dos conteúdos contingentes do direito para situá-lo como objeto na generalidade de suas formas normativas, a teoria zetética assume todo conteúdo factual e ideológico para erigi-lo em objeto do saber jurídico.

Este escopo tem sido normalmente eliminado da ciência do direito, relegado que ficara ao campo da ciência política, da sociologia e da filosofia do direito; a novidade que a zetética apresenta é a proposta de um tratamento unitário da ciência do direito englobando tais aspectos interdisciplinares, isto é, a integração ao objeto da jurisprudência, da interdisciplinariedade que ele comporta, quando se vislumbra a sua realidade e não o produto das abstrações da realidade.

A palavra **zetética** é de origem grega (*zetein*, pesquisar, opinar), e é utilizada na epistemologia geral para definir a teoria que se vale da pesquisa, que procede pelo questionamento do problema, não aceitando a resposta e a solução pronta como ponto de partida do conhecimento científico; assim, a pesquisa zetética problematiza as soluções, ondo aos pressupostos da própria questão.

No âmbito da epistemologia jurídica ela foi empregada no Brasil por Ferraz Jr., seguindo a Viehweg, para aludir ao campo da aplicação da tópica jurídica, à metodologia que, ao invés de partir da norma para

interpretar, parte do problema para solucionar. Valendo-se da teoria da linguagem, Ferraz Jr. distingue os dois possíveis enfoques da ciência do direito, a zetética e a dogmática, como investigações intercomplementares que, ou acentuam o aspecto **pergunta** (questão zetética), ou o aspecto **resposta** (questão dogmática).

O problema central do direito não é de veracidade, mas decidibilidade, o que faz a chamada ciência do direito revelar-se um pensamento tecnológico, diz o professor paulista. A investigação jurídica é um constante jogo de perguntas que exigem soluções (questões zetéticas) e soluções referentes a problemas (questões dogmáticas). Segundo esse autor, tanto a dogmática quanto a zetética têm em comum a relação pergunta e resposta, embora enfatizando-se ora um, ora outro aspecto, limitando-se as questões dogmáticas às opiniões postas e geralmente aceitas (dogmas), trazendo-se a discussão ao nível da ação sem questionamento outros que não a sua eficácia na solução dos conflitos sociais; e a questão zetética caracterizando-se pelo sentido de pesquisa e problematização das soluções indicadas pela dogmática.

O mesmo sentido de complementariedade encontramos em em Viehweg, para quem a zetética é um problematização das categorias e conceitos legitimados pela dogmática, em suma, embora acentuando o sentido crítico desse questionamento, trata-se de uma complementação epistêmica ao saber jurídico tradicional, mas dentro da dogmática e não contra ela.

O sentido que todavia atribuo à zetética jurídica é bem mais amplo, aludindo a toda e qualquer teorização do fato da conduta social normativamente determinada. A nova teoria opõe-se a uma ciência jurídica construída sobre princípios dogmaticamente aceitos pelo senso comum teórico dos juristas, e problematiza as respostas do

saber jurídico tradicional, questionando a própria situação social onde elas incidem. Assumindo a existência real de lacunas na legislação, a teoria zetética do direito contempla também a situação social que deve ser normada, e como o deve, estudando as possibilidades, os meios e a oportunidade da normação.

Isto posto, pode-se tentar definir a zetética trabalhista como aplicação da zetética geral do direito, ou seja, a construção de uma teoria do direito do trabalho vinculada ao conteúdo político-social das normas de direito do trabalho, segundo a visão crítica e prospectiva da ciência do direito. Destarte, a zetética do direito do trabalho é, a um tempo, uma teorização **crítica** e **prospectiva**. Para conhecer o alcance dessa definição, mister se faz compreender os fundamentos científicos em que se apóia.

Os fundamentos que possibilitam uma teoria zetética do direito encontramos-los no novo modelo de ciência que a epistemologia contemporânea elaborou, a partir da crítica ao paradigma científico tradicional.

O modelo tradicional de ciência, tal como é praticada no mundo ocidental, herdeiro da cultura grega, tem as seguintes características: hilemorfismo, racionalismo, universalismo e falsa consciência da realidade.

O hilemorfismo foi definido por Aristóteles, ao corrigir a teoria das idéias de Platão, e por isso se concebe que as idéias universais, escopo da ciência, existem em íntima união com a natureza num sentido muito amplo de matérias do conhecimento; assim, a ciência procura a verdade nas idéias, que são necessárias, eternas e universais, mas devem ser encontradas na matéria; aspira-se pois à unidade na diversidade, ao geral no particular, ao necessário no contingente.

O racionalismo é a tendência a considerar verdadeiro apenas o conhecimento que esteja absolutamente apoiado em dados racionais. Assim, mesmo a experiência deve ser racionalizada, para que o conhecimento que dela dimanar possa ser considerado verdadeiro.

O universalismo é o desprezo das particularidades: a ciência só se preocupa com o particular na medida em que ele é o instrumento para chegar-se ao universal. A verdade é assim uma só, válida para todos os tempos e espaços.

Ora, considerando-se que a realidade não é universal, mas particular e individualizada, que não é eterna, mas transitória, e que não é necessária, mas contingente, verifica-se um paradoxo epistemológico, que a ciência só consegue apreender o seu objeto pela sua destruição conceitual; assim, o conhecimento científico é e será sempre apenas uma aproximação da realidade, uma tentativa cada vez mais próxima de reconstituição da realidade.

A partir do paradoxo epistemológico, Karl Popper anatematizou a pretensão de verdade das teorias científicas, estabelecendo que elas são sempre provisórias, e que o verdadeiro critério de verdade não é a correspondência com os fatos, mas a aceitação da comunidade científica. Popper deu assim um alcance epistemológico à teoria funcional em lógica, a qual preconizou o critério funcional da aceitação como fundamento veritativo, em substituição à teoria do senso comum, de Tarski.

Outro epistemólogo a questionar as condições de verdade da ciência foi Gaston Bachelard, para quem o progresso das ciências é sempre uma correção dos erros do passado; e que a ciência só evolui quando o cientista não

se deixa seduzir pelo saber já estratificado, mas o questiona e rompe com ele, partindo sempre de novas hipóteses.

Chega assim Bachelard à sua teoria dos obstáculos epistemológicos e do corte epistemológico: a ciência deve elidir os preconceitos e falsas imagens da realidade e tentar reconstruir o seu objeto, a partir de uma perspectiva sempre renovada; daí a ocorrência de uma ruptura com o saber acumulado, ou seja, um corte epistemológico. A epistemologia bachelardiana é uma teorização prospectiva, pois, constata ele, todo conhecimento experimental não é na verdade uma descrição da realidade, mas uma construção da realidade com os dados de que a ciência dispõe. A ciência reorganiza o mundo, não para constatar uma ordem imanente, mas para criar uma nova ordem voltada para o futuro.

Isto posto, podemos indicar as características de uma zetética do direito do trabalho.

Como teoria crítica, o direito do trabalho deve ser considerado como ruptura com o pensamento dogmático, a partir de uma superação de seus próprios obstáculos epistemológicos.

Como teoria prospectiva, o direito do trabalho deve ser encarado como uma disciplina compromissada com a realidade social, voltada para a construção de uma nova ordem.

A tese fundamental da zetética trabalhista é que o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro.

### **3. O Direito do Trabalho como corte epistemológico**

Projetada no campo do direito do trabalho, a teoria zetética do direito revela-lhe as profundas vinculações com os conteúdos normativos, desde sua origem, e uma decidida vocação transformadora, que poderíamos dizer, zetética.

Neste aspecto, o direito do trabalho representa autêntica ruptura com o sistema de direito comum, ou seja, a teorização que dele dimanava implica um corte epistemológico em relação à doutrina jurídica elaborada sobre o direito comum. É preciso porém verificar as condições em que ele ocorre como corte epistemológico.

Tal como a Lei das XII Tábuas representou, no mundo romano, uma conquista dos plebeus em face dos abusos do poder monopolizado pelos patrícios, as leis trabalhistas representam, no século XIX, a afirmação da consciência operária e uma indiscutível conquista, não sem lutas e mártires, no sentido de garantir um mínimo de condições de vida, dignidade e felicidade.

Mas tal sistema de leis desenvolveu-se dentro de um sistema jurídico mais amplo, cujos princípios teve que absorver, de sorte que o direito do trabalho, nascido da luta de classe, tornou-se em verdade o instrumento mais eficaz de legitimação da realidade social subjacente: a mesma divisão social entre os detentores do poder econômico e as grandes massas de assalariados com pouquíssimas chances de promoção social e humana.

Este contraste é que se pode denominar a aporia do direito do trabalho: ele é fundamentalmente um conjunto de normas dimanadas de uma realidade social: a existência de patrões e empregados, e justifica-se para proteger o

empregado; mas paradoxalmente não pode atuar contra essa realidade social, porque se insere num contexto normativo que mantém coercitivamente essa mesma realidade, em nome da ordem e da segurança, e que se constitui em fonte de legalidade e legitimidade do próprio direito do trabalho.

Em outras palavras, o direito do trabalho deve sua razão de ser à desigualdade real que caracteriza a sociedade dividida em classes sociais, segundo o critério econômico; deve-se proteger o hipossuficiente porque ele é uma dura realidade, mas deve-se protegê-lo sob a condição de que ele permaneça hipossuficiente, embora protegido pelas leis trabalhistas; a situação social de desigualdade real deve permanecer inalterada, pois a mudança não convém aos detentores do poder, que são os que fazem as leis e possibilitam a existência do direito do trabalho integrado no sistema de direito positivo; o contrário merece a proteção das leis trabalhistas, mas deve continuar operário; eis o paradoxo que a existência do direito do trabalho, dentro da ordem jurídica, sugere.

Como sair do impasse, já que à consciência jurídica repugna a idéia de desigualdade, na medida em que se considera a justiça como valor essencial do direito?

A zetética pretende construir uma resposta, pois a aporia só se mantém em virtude da concepção dogmática do direito.

O que ocorre é que, na visão dogmática, o direito é a expressão normativa da ordem e da segurança e, assim, há uma incompatibilidade entre essa ordem que deve ser mantida e o profundo

significado ético e político do direito do trabalho, vinculado à construção de uma nova ordem social.

Segundo a crítica zetética, o direito do trabalho é uma rutura com o direito comum, porque, assumindo a desigualdade real na sociedade, contestou o princípio da igualdade formal, fundamento de todo o sistema de direito positivo liberal e racionalista, elaborado no processo histórico muito amplo da Revolução Francesa de 1789. Considerando que o direito do trabalho vocacionou-se assim para a renovação da ordem social, é possível estabelecer as diferenças que o separam do direito comum.

O direito comum é ligado à idéia de ordem, ou seja, é visto como um sistema de manutenção de uma sociedade onde cada qual tem o seu papel perfeitamente determinado pelas leis, e deve cumprí-lo, sob pena de sua atitude ser considerada ilegal ou subversiva; já o direito do trabalho está ligado à idéia de transformação, não só pelas circunstâncias histórico-sociais em que ocorreu, dentro do direito comum, como pelo sentido de proteção ao mais fraco que encerra, cujo ideal é a superação desse estado de hipossuficiência.

O direito comum tem como pressuposto basilar o princípio de isonomia, ou seja, a igualdade formal, expresso nas cartas constitucionais como igualdade perante a lei e proibição de discriminação por motivo de raça, crença, sexo e outro. O direito do trabalho não gera o princípio de isonomia, mas parte de uma desigualdade real. Constatada a existência de camadas carentes na população, desenvolve-se o direito do trabalho como disciplina *sui generis*, pois não existe, nem no direito civil,

nem no comercial e nem no direito público em geral, o pressuposto de uma divisão entre os que mandam e os que obedecem, que é em última análise o conteúdo real da definição jurídica de trabalho subordinado.

Por isso, o direito comum é uma ordem de trocas, baseada no contrato, ou seja, a manifestação de vontade de duas partes soberanas, enquanto que o direito do trabalho é uma ordem de proteção, baseada na carência de uma das partes do contrato.

O direito comum tende à maximização do direito estatal, tendendo para o primado da lei como fonte do direito, enquanto que o direito do trabalho valoriza igualmente outras fontes, estatais e não estatais; daí a importância muito maior da jurisprudência como fonte do direito do trabalho, do que no direito comum, e a ênfase que a doutrina trabalhista atribui ao caráter nomogenético das convenções coletivas.

No direito comum pode-se detectar uma oposição entre o indivíduo e o Estado, ou seja, o Estado procura disciplinar a vida de relação, ao passo que no direito do trabalho o processo de regulação jurídica dá maior ênfase à vida de integração, valorando-se a existência de organismos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Daí, por exemplo, a definição jurídica de empregador, não como indivíduo, mas como a empresa, em oposição ao empregado, definido como pessoa natural.

O direito comum tende em maior grau para a racionalidade, enquanto que o direito do trabalho é mais tópic e prudencial. Vale dizer, no direito comum predominam os princípios jurídicos como

garantia da ordem e da segurança; no direito do trabalho predominam os aspectos contingentes relacionados com o fato, assumindo a equidade e o princípio da proteção, importância indiscutível.

Finalmente, o direito comum é legitimador da ordem social, o direito do trabalho é transformador dessa ordem.

Isso no campo do direito positivo do trabalho. Todavia, na doutrina trabalhista não se pode afirmar que ela tenha significado um corte epistemológico, simplesmente porque ela não assumiu a função transformadora dessa disciplina; e isto é compreensível, porque não surgiu nenhum pensamento original que propiciasse fundamentos à teoria do direito do trabalho, outros que não fossem idênticos aos da dogmática jurídica comum ou dela derivados. Tendo absorvido os princípios da dogmática tradicional, teve o direito do trabalho que assumir função legitimadora da ordem social; daí o desenvolvimento de uma dogmática trabalhista, em sentido idêntico às expressões dogmática civil, penal, processual, etc.

Ora, a concepção dogmática é contraditória com a vocação transformadora do direito do trabalho, donde a necessidade de novo estatuto científico para a doutrina trabalhista.

A zetética trabalhista é justamente a tentativa de fundamentar cientificamente o direito do trabalho em sua função transformadora.

Para isso, é preciso de início superar os obstáculos epistemológicos que, além de o ligarem à dogmática tradicional, configuram empecilhos à reconstrução do objeto científico do direito do

trabalho, numa visão crítica e prospectiva da ciência e da realidade que ela pretende reorganizar.

#### **4. Os obstáculos epistemológicos do Direito do Trabalho**

Tendo em vista o novo modelo crítico e prospectivo da ciência, a partir de Bachelard, temos que a reconstrução do objeto da teoria jurídica trabalhista, para prosperar, deve procurar remover os preconceitos e as aparências de verdade que obstaculizam a produção de conhecimentos científicos.

Segundo esse enfoque, é possível verificar a ocorrência de obstáculos epistemológicos que, ligados ao direito em geral, comunicam-se a todas as suas subdivisões, inclusive o direito do trabalho; e outros que dimanam da especificidade do direito do trabalho em relação ao direito comum, e que se manifestam na originalidade de alguns institutos trabalhistas; isso nos leva a dois tipos de obstáculos epistemológicos: a) ligados ao direito em geral; e b) específicos do direito do trabalho.

##### **1. Ligados ao direito em geral**

A partir dos estudos de Michel Miaille, pode-se indicar como obstáculos epistemológicos alguns mitos, ou seja, falsas verdades que consituem os pressupostos das teorias jurídicas em geral; eles são muitos, mas podemos fixar os quatro principais: a) o mito da realidade experiencial do direito; b) o mito da representação idealista do mundo jurídico;

c) o mito da divisão natural do saber; e d) o dogmatismo na aplicação do direito.

### 1.1 O mito da realidade experiencial do direito

Consiste na noção de que o direito está na experiência, que ele existe como objeto e que a teoria jurídica pode ter dele um conhecimento empírico. Assim, não se considera que o jurista constrói o direito à medida que o conhece e aplica, mas parte-se do direito como um pressuposto do próprio conhecimento; ele existe e é passível de atividade cognoscente; a teoria jurídica pressupõe o direito.

Este mito é o que Miaille chama “a falsa transparência do direito”, cujas causas identifica no empirismo e no pensamento jurídico contemporâneo, e impregnaram toda a nossa mentalidade ocidental.

O empirismo considera científico somente o conhecimento baseado na experiência, sendo que o positivismo limita esse conhecimento à experiência vivenciável, ao constatável. Pelo empirismo, julga-se poder descobrir o direito na experiência, ou seja, presume-se a existência de um fenômeno anterior à experiência, o qual se revela através da ciência. A epistemologia bachelardiana, confirmando aliás a proposição kantiana sobre as categorias do conhecimento, constata que toda experiência, no sentido científico, é uma experiência construída, a partir de certas teorias, hipóteses elaboradas como um conjunto de informações que o sábio possui, e que podem ou não ser confirmadas pela experiência. O empirismo jurídico “vê” o direito, mas ignora que o jurista “constrói” o direito, enquanto pensa estar revelando um direito pré-existente.

Isso ocorre com o direito do trabalho. A maioria dos autores que tratam das instituições trabalhistas não se dá conta desse preconceito, desse mito, de que existem instituições a que se convencionou denominar contrato de trabalho, convenção coletiva, férias, processo, empresa, empregado, etc., os quais são estudados em sua “natureza jurídica”, em suas relações com os demais institutos, em suas fontes, e não se dão conta de que definir um instituto em sua natureza jurídica é criar intelectivamente o instituto, é elaborar uma categoria que possa generalizar certos dados da experiência social; para então considerar a categoria como o objeto e não os dados de que pretende ser modelo; isso como se o fenômeno da juridicidade não fora algo muito mais complexo, que transcende a qualquer tentativa de redução a categorias abstratas.

O positivismo jurídico produziu idêntico efeito. Não que a atitude positivista seja em si infundada; a atitude zetética é um quase-positivismo; ele representou, na filosofia do século XIX, a derradeira tentativa de libertar a ciência do direito de outros obstáculos, como a sujeição do conhecimento jurídico à teologia, durante a Idade Média, e à metafísica, durante o Iluminismo; o positivismo realmente superou o jusnaturalismo como explicação do direito, mas incidiu em outro erro, ao reduzi-lo ao direito positivo, e considerá-lo como o único objeto da ciência do direito; o positivismo excluiu do objeto da pesquisa jurídica, tanto as manifestações de uma juridicidade transcendente, quanto qualquer atitude crítica, a qual ficou relegada, com certo desprezo preconceituoso, aos filósofos; se ainda hoje é comum ouvir-se da boca de professores de direito, que se consideram ótimos em suas especialidades, que “filosofia do direito é perfumaria”, não é de estranhar que, cento e cinquenta anos atrás, o

positivismo jurídico desembocasse no dogmatismo do tipo *dura lex, sed lex*.

Mas a pior herança do positivismo foi a crença na neutralidade do direito legislado, o mito de que o direito do Estado, tendo sido produto de uma elaboração racional, fundamentada na natureza das coisas, era um direito intrinsecamente justo, pelo menos neutro na distribuição do papel que a cada um competia representar na sociedade.

Pois bem. O empirismo na revelação do direito através da experiência e o positivismo na explicação do direito conduziram ao mesmo resultado: o mito da realidade experiencial do direito, cuja complexidade – onde entram fatores ideológicos, político-sociais e econômicos – ficou reduzida à mais simples expressão: norma jurídica, segundo a postura normativista, instituição jurídica, segundo o institucionalismo; nem mesmo o culturalismo fenomenológico escapou de tal reducionismo; o direito é fato, valor e norma; tenta-se abarcar a dialeticidade do direito, como se ele fosse um fenômeno complexo pré-existente, mas nenhum tipo de culturalismo alude a que a experiência axiológica, a vivência valorativa do direito, é uma experiência de construção jurídica; ou seja, o direito, em toda a sua complexidade, está sendo continuamente construído, pelos juristas em particular, pelos magistrados e pela sociedade como um todo, de modo que qualquer vivência empírica do direito não poderá jamais ser a descrição de um fenômeno que “está aí”, mas o jurista cria o direito à medida em que o conhece.

No direito do trabalho persiste a idéia positivista, que leva a desvincular as instituições elaboradas pela teoria trabalhista, do complexo social; o direito do trabalho é, dos ramos do direito, o mais próximo da realidade social, mas a doutrina tende a desconsiderá-la,

na medida em que analisa as regras e as instituições como se fossem algo absolutamente transparente, como se as categorias do direito do trabalho, a começar dos próprios conceitos de patrão e empregado, fossem idéias algo hipostasiadas, situadas acima da vida social e anteriores à especialização imposta pelas condições de sobrevivência na sociedade atual, não pensam que sua função seja a de estudar as relações econômicas na sociedade e em todo o complexo da vida social, numa ótica interdisciplinar, para daí chegarem à criação do direito, *de lege ferenda* e *de sententia ferenda*; este papel é deixado aos economistas, planejadores, técnicos de administração e tecnocratas de todo tipo; eles pensam que a missão do jurista se restringe às expressões normativas do direito, ou seja, à interpretação, integração e aplicação das normas jurídico-positivas, com a dose tolerável de bom senso, equidade, e, sobretudo, neutralidade, às situações reais da vida.

Uma teoria jurídica que se propusesse a transformar essa realidade social, deveria antes despir-se desse preconceito empirista e positivista, e assumir que o direito é muito mais complexo do que parece e que o direito positivo é somente um dos elementos dessa complexidade. Acima de tudo, assumir que toda experiência no sentido científico é uma experiência construída, o que, se é válido para as ciências da natureza, como o demonstra a epistemologia contemporânea, é com muito maior razão válido para as ciências ditas sociais, onde o papel constitutivo da experiência científica é muito mais evidente.

## 1.2 O mito do idealismo das instituições

Na teoria jurídica tradicional, inclusive no direito do trabalho, é hábito escamotear a realidade

debaixo de noções puramente retóricas, inteiramente vazias de conteúdo, como interesse geral, vontade do povo, soberania, segurança social, interesse dos trabalhadores, etc. A filosofia política é responsável por essa tendência, desde que Rousseau inventou a sua equívoca noção de uma “*volonté générale*”, Hegel tentou explicar a evolução da sociedade na história como a marcha de um espírito objetivo, e o historicismo alemão, romanticamente, referiu-se à alma do povo. Aliás, a noção é também uma das heranças da filosofia grega, desde o *logos* de Heráclito até a razão universal, dos estóicos.

Sendo noções puramente retóricas, conceitos que não têm uma correspondência semântica definida, significantes desprovidos de concreção, o seu conteúdo, ou seja, o seu significado, será sempre o que for estabelecido pelos filósofos, políticos, juristas, ou seja, pelas ideologias, e por isso o conteúdo dessas noções idealistas será aquele que melhor se presta a fins políticos, econômicos e sociais.

No direito do trabalho, sempre se considerou a sua especificidade como ligada a seu objetivo primordial, a proteção dos hipossuficientes nas relações de emprego.

Desde a Constituição Francesa de 1848, proclamou-se solenemente a garantia dos direitos sociais; desde a Constituição do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, definiu-se o amplo direito social como “direito dos trabalhadores”, passando-se a considerar como meta do direito do trabalho a garantia e ampliação desses direitos sociais, significando que, embora evitado do mesmo vício de

vacuidade semântica das demais noções idealistas, tinha pelo menos um alcance pragmático na medida em que inspirava as lutas pela promoção humana do trabalhador.

No Brasil, essa preocupação com os direitos sociais veio um pouco tardiamente, a partir da Constituição de 1937, e nunca mais saiu do texto constitucional.

Dentro do espírito da Constituição de 1937 estabeleceu-se o significante “justiça social”, como meta prioritária da ordem econômica. Mas a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, acrescentou outro significado, igualmente vazio de referenciais semânticos, mas que poderia servir a fins políticos e econômicos de estabelecer limitações à justiça social. Eis o que estabeleceu o art. 160 da Constituição de 1967, com a redação de 1969: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social...” E um autor eminente, especialista em direito do trabalho, escreve: “O direito do trabalho e mesmo o direito constitucional do trabalho não possuem mais o fim único e exclusivo de tutela do trabalho e do trabalhador, por ser conveniente e desejável sua compatibilidade com a ordem econômica e social, atendendo-se ao disposto no art. 160 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, que coloca como metas superiores da nossa organização social o desenvolvimento econômico e a justiça social, metas que devem ser simultaneamente perseguidas pelo Estado e pelo povo brasileiro.”

Tudo bem, ninguém ousará negá-lo, pois a ilação parece corretíssima, porque racional.

Mas está apoiada num mito. O que é preciso desmistificar, numa postura zetética, é que não existe como um dado da experiência esse “desenvolvimento econômico”, o qual, inserido no contexto constitucional, é antes uma limitação à justiça social do que um seu complemento; trata-se tão-somente de uma idéia – e os economistas falam insistentemente na ideologia do desenvolvimento – capaz de legitimar quaisquer ações contrárias aos interesses dos trabalhadores, em nome do desenvolvimento nacional: por exemplo, acabar com a estabilidade, substituindo-a por outro mito, o da opção pelo sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); ou restringir a liberdade sindical; ou regulamentar o direito de greve de maneira tão draconiana que praticamente o elide.

O idealismo e o caráter retórico das elaborações doutrinárias, na medida em que constituem uma realidade imaginária e servem para substituir a realidade concreta, são obstáculos epistemológicos a serem superados na reconstrução do objeto do direito do trabalho.

### 1.3 O mito da divisão natural do saber

Este obstáculo é também herança da cosmovisão desenvolvida pelos gregos, além de constituir uma exigência do sistema econômico atual; refiro-me ao atomismo, a *Weltanschauung* que considera o universo um imenso aglomerado de partículas componente da realidade. Habitados a ver na realidade nada mais que suas partes componentes, um amontoado de pequenas partículas absolutamente estáticas, o homem ocidental não somente perdeu a noção de conjunto, como

naturalmente tende à especialização cada vez mais acentuada.

Pensamos que a natureza está dividida em partes e que a cada setor corresponde uma ciência; depois, dentro de cada ramo do saber especializamo-nos em cada parte que julgamos ser constitutiva do objeto de nossa ciência.

O jurista já é um especialista, na medida em que separa o direito do continente histórico onde ele se situa; ao jurista basta conhecer o direito, ele prescinde do conhecimento da ciência política, da sociologia, da economia, da história e mesmo da filosofia.

Dentro do direito, é notória a tendência à especialização, o que é uma exigência constante da profissionalização do jurista. Não que ela possa ser evitada, ou que o jurista não deva se especializar. O que constitui obstáculo é a visão deformada da realidade social, produzida pela especialização, do mesmo modo que a concepção atomística, ao separar a parte do seu contexto, produz uma visão deformada da realidade, pois a natureza é uma só.

No direito do trabalho, em especial, é absolutamente necessário o conhecimento da teoria geral do direito e do direito comum, pois somente assim a originalidade de seus institutos adquire significado; por que o princípio protetor e não o da igualdade formal, a maior conquista da teoria civilista? Como explicar a despersonalização do empregador, como parte da relação processual trabalhista, em confronto com o princípio da individualização das partes no processo? Como justificar que o magistrado trabalhista possa julgar *ultra petita*, algo que parece inaceitável no direito processual comum, mas que revela uma tendência do processo trabalhista, em função do novo enfoque com que se encara a finalidade da Justiça do trabalho?

Como veremos adiante, o princípio acabará por reduzir-se ao da igualdade formal, se não tivermos presente o seu verdadeiro alcance social, o qual deflui de uma concepção global e interdisciplinar do objeto do direito do trabalho.

#### 1.4 O dogmatismo na aplicação do direito

Felizmente os juslaboralistas são os menos dogmáticos dentre os juristas práticos, dado o largo papel que a equidade desempenha na justiça do trabalho; quando me refiro ao dogmatismo, é ao obstáculo que pode representar a aceitação *a priori* do primado da lei como fonte do direito; não cabe aqui discutir se ocorre ou não tal primazia, no direito moderno; isso parece indiscutível, pois, mesmo nos países onde a tradição exerce uma força controladora do direito muito mais acentuada, o direito racionalmente elaborado pelo Estado é o principal instrumento de controle social da conduta dos cidadãos.

O que cumpre lembrar é que a mentalidade dogmática é avessa ao questionamento e à crítica. Não se trata de questionar a ciência do direito como dogmática, mas de ressaltar a mentalidade dogmática como obstáculo epistemológico, na medida em que ela implica uma atitude acrítica do jurista em face do direito oficial.

Eu, particularmente, parto do princípio de que existem leis injustas, e que a resistência às leis injustas deve começar pelos juízes; nenhum segmento da sociedade tem maior poder de pressionar o Estado do que os magistrados; pois eles, encarregados do exercício da jurisdição, estão

aptos a empregar os argumentos retóricos que o próprio Estado utiliza para impor os seus objetivos, só que em sentido inverso, recusando-se por exemplo a aplicar uma lei que repugne à consciência do magistrado, ou zelando para que os efeitos negativos de uma lei injusta não possam se concretizar.

Esses argumentos retóricos no direito do trabalho são de extraordinário alcance, quando dimanados da regra *in dubio pro operário*, da teoria da norma mais favorável ou, principalmente, da regra da condição mais benéfica.

As próprias peculiaridades do processo trabalhista, que atribuem ao magistrado uma participação muito mais atuante na composição dos litígios sociais, constituem formidável instrumento neste aspecto político de *sententia ferenda*.

Só que o alcance teórico de tais preceitos, basilares no direito do trabalho, fica prejudicado quando se alia a lei à idéia de ordem e esta à de estabilidade social, e ao mesmo tempo se admite acriticamente o primado da lei.

A legislação trabalhista dever ser encarada pelo jurista nela envolvido profissionalmente, especialmente o magistrado, não dogmaticamente, como instrumento de manutenção do *status quo*, mas como a consolidação de conquistas dos trabalhadores, as quais devem ser ampliadas e melhoradas, e instrumento de transformação da sociedade.

Contra o empirismo e o positivismo, contra o idealismo ingênuo que mistifica a realidade, contra o atomismo e o dogmatismo, a zetética trabalhista propõe uma reconstrução científica do objeto do

direito do trabalho, a partir do continente histórico onde se situam as instituições do direito do trabalho, procurando afastar os obstáculos epistemológicos que empanam a visão da realidade.

## **2. Específicos do Direito do Trabalho**

Entre os obstáculos epistemológicos mais diretamente ligados ao direito do trabalho, pode-se indicar uma série de mitos, os quais são em geral admitidos, de maneira inconsciente, ou não, como pressupostos da doutrina trabalhista: refiro-me, em primeiro lugar, ao mito da neutralidade do Estado como órgão próprio que elabora as normas trabalhistas para “proteger” o empregado; em segundo lugar, ao mito da autonomia da vontade do trabalhador o qual se relaciona com outro, o do caráter sinalagmático do contrato de trabalho; e finalmente, deve-se fazer referência ao caráter retórico dos princípios gerais do direito do trabalho, especialmente o princípio da proteção.

### **2.1 O mito da neutralidade do Estado**

Toda a teoria jurídica tradicional encara o Estado de modo muito idealista, em primeiro lugar como uma entidade real e concreta, e depois como o guardião supremo da liberdade, o zeloso defensor da ordem, o protetor dos direitos dos cidadãos.

O Estado é, na teoria, uma entidade neutra, o criador do direito no intuito de promover o bem comum e, como detentor do monopólio da coerção, situa-se acima das relações sociais, zelando pela liberdade dos cidadãos.

A Filosofia do Estado aprecia sem dúvida a sua evolução histórica, desde a *polis*, passando pelo Estado imperial característico do mundo romano e pelo Estado feudal, até o surgimento do Estado moderno, a partir da paz de Westphalia. Uma vez aqui chegado, a Filosofia Política compraz-se em identificar as características essenciais do Estado, com um irrealismo que deixa de ser ingênuo para ser simplório.

Em primeiro lugar costuma-se separar o Estado, como entidade, das pessoas dos administradores e, pior ainda, das dos administrados. Os administradores podem errar, e lá vem uma teoria dogmática do direito administrativo a estudar as formas de controle da administração; mas o Estado não erra, ao menos enquanto Estado de Direito. O erro dos administradores não compromete a essência ética do Estado de Direito.

Entre as funções do Estado avulta, nessa ótica tão idealista quanto mistificadora, a de compensar a desigualdade dos desiguais, por meio do direito; assim, admite-se *a priori* que no Estado de Direito as leis são boas, embora possam ser deformadas em sua aplicação, mas não se admite que elas possam ser intencionalmente injustas, essencialmente tendenciosas, que o direito no seu todo possa ser uma ordem de proteção, não dos hipossuficientes, mas de interesses classistas e privilégios da aristocracia do dinheiro.

Mesmo um autor da importância de Dalmo Dallari apresenta aspecto “neutralidade” como “uma conquista gradativa do Estado moderno”, confundindo a teoria com a prática.

Tal idéia da neutralidade desemboca em dois pressupostos da doutrina jurídica, o princípio da plenitude do ordenamento jurídico e o da discricionariedade.

Pelo primeiro, entende-se que o direito é um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes, isto é, tudo o que não se acha proibido pelas leis considera-se permitido, inclusive ao Estado. O Estado de Direito encontra seus limites dentro do próprio direito, mas não além do direito.

Desde que o Estado tenha uma constituição democrática, que vincule a legislação ao respeito dos direitos fundamentais do homem, tudo o que não lhe seja expressamente proibido, lhe é permitido. Daí uma espécie de poder residual do Leviatã, de que tudo é lícito.

Pelo segundo princípio, basilar em direito administrativo, gera-se a presunção da licitude das ações do Estado. O princípio da discricionariedade tem o condão de elidir a ilegalidade, pois, salvo as heróicas medidas de caráter processual, como o mandado de segurança e a ação popular, quase sempre de iniciativa individual e cuja decisão tem via de regra efeitos somente *inter partes*, os atos do Estado em relação à coletividade são reputados lícitos e justos.

Todas as normas trabalhistas postas pelo Estado encontram nesse preconceito da neutralidade a sua força legitimadora, sendo que a dogmática trabalhista não vê a realidade: o Estado como máquina burocrática extremamente sofisticada, com duplo papel, desempenhado através da história e que não foi desmentido pelo Estado moderno: a) zelar pela manutenção da

ordem social, não uma ordem ideal a ser construída através do direito, mas a ordem estabelecida, projeção do passado sobre o presente, com toda a sua carga de injustiça; e b) proteger os interesses, não do povo como um todo e muito menos dos pobres e desamparados, mas dos ricos, dos donos do dinheiro, no intuito, manifesto ou oculto, de evitar que o poder de decisão sobre a produção e a distribuição da riqueza, escapule das mãos de quem a detém. A luta pelo poder, a conquista dos meios de controlar essa máquina que tudo pode, o Estado, é a chave de toda a teoria política e a grande realidade que desmistifica todo o sentido idealista, altruísta e neutral das doutrinas do Estado tradicionais.

A essa dupla função pode-se acrescentar mais uma, característica dos tempos que correm, onde a chamada classe média tem um poder de influência inquestionável sobre as decisões do poder: a de atender aos anseios mais urgentes dessa classe média, por exemplo, dando-lhe quantidade de educação ao invés de qualidade, e quantidade de emprego ao invés de qualidade; quanto a este segundo exemplo verifica-se a necessidade crescente de o Estado dar emprego para a classe média, pois o fenômeno da concentração de renda vai aos poucos alijando consideráveis parcelas da população, daquele processo de decisão sobre a distribuição da riqueza. O Estado compensa as frustrações econômicas com a ilusão do emprego público e a falsa segurança que ele pode proporcionar.

## 2.2 O mito da autonomia da vontade do trabalhador

Este obstáculo epistemológico é bem mais sério, porque fruto de longa elaboração doutrinária e porque deriva de um dos princípios fundamentais do direito comum; além disso, constitui uma das mais caras tradições de nossa civilização ocidental, a idéia de liberdade como condição do direito, reputada a derradeira conquista da humanidade.

Se não existe autonomia da vontade não existe liberdade e onde não há liberdade não há direito; assim o direito comum elabora idealisticamente a teoria contratualista, de que os homens se relacionam juridicamente em virtude de uma vontade livre; e o direito do trabalho acolhe a teoria, concebendo que o trabalhador é livre, porque tem o direito de escolher, até entre ser rico e pobre: “pobre é pobre porque não trabalha”, dizem os leigos, mas no fundo é isso que a doutrina da autonomia da vontade quer fazer significar. Se ele é livre, ele é senhor de sua vontade, a qual atua no contexto das relações de emprego, deixando-lhe a liberdade de opção entre as opções que as normas postas pelo Estado, consideradas cogentes pela dogmática trabalhista, lhe oferecem.

A teoria enfatiza tanto a liberdade quanto a autonomia, na história do direito; assim, ensina-se nos cursos jurídicos que no sistema escravagista do mundo antigo e da época colonial não havia a liberdade; no sistema feudal, o do senhorio, também não havia liberdade, porque os trabalhadores viam-se jungidos à terra; mas no moderno Estado ocidental, no sistema econômico

da livre iniciativa, desde que se inferiram racionalmente os direitos humanos, existe a liberdade, salvo as distorções geradas pelos totalitarismo.

O que o mito elide, elisão que forma um obstáculo epistemológico quase que intrasponível, é o fato prosaico de que quem tem fome não livre, e que a opção é opção é determinada, na realidade das coisas, não pela livre atuação da vontade, mas pela necessidade.

O exemplo mais gritante dessa realidade é a famosa “opção pelo sistema do fundo de garantia por tempo de serviço, como se realmente fosse dado ao empregado discutir qual o sistema mais conveniente aos seus interesses e escolher o melhor. O sistema do fundo de garantia, meio de acabar com o sistema da estabilidade, virou cláusula de adesão, no contrato individual de trabalho.

### 2.3 O mito do caráter sinalagmático do contrato de trabalho

A teoria contratualista do direito privado impregnou o direito do trabalho na sua instituição fundamental: a própria relação de trabalho subordinado, a qual é considerada quase unanimidade como um contrato, ou seja, um livre acordo entre partes dotadas de autonomia.

Em consequência, a relação de emprego é normativamente tratada à base de troca: direitos e deveres mútuos, ou seja, uma ordem de justiça sinalagmática, tal como a definiria o Estagirita há mais de dois mil anos.

Esse caráter sinalagmático que se atribui ao contrato de trabalho repercute na legislação, por exemplo, na exigência de aviso prévio para ambas as partes, na regulamentação das justas causas para a rescisão e, principalmente, no tratamento do salário como “contraprestação paga pelo empregador”.

A doutrina trabalhista em geral se deixa seduzir pelo mito do aspecto sinalagmático das relações de emprego; para citar somente um exemplo, analisemos a farta literatura publicada para dar algum conteúdo ao significativo “justo salário”, referido no artigo 766 da Constituição das Leis do Trabalho. Aliás, a própria legislação adverte que o justo salário aos trabalhadores deve permitir também a justa retribuição às empresas interessadas.

A literatura trabalhista é pródiga em definir o que se deva entender por “justo salário”, mas omite-se quando se trata de definir “justa retribuição”. Confesso que não encontrei, por mais que me esforçasse, nenhuma definição de salário justo, na literatura dogmática, que não colocasse em posição de igualdade os interesses da empresa e os do trabalhador. Assim, Tostes Malta enfatiza que salário justo não deve ser entendido em termos absolutos, ...“mas tão-somente um salário relativamente justo, isto é, aquele que, respeitando nossa organização política e econômica, nosso direito positivo, resguarda os interesses do trabalhador, porém respeitando o capital, permitindo que o esforço do trabalhador assegure lucro ao detentor do capital”.

O falso caráter sinalagmático como obstáculo epistemológico é evidente em Russomano: “O contrato de trabalho é bilateral. Exige, por conseguinte, que seja, em todos os seus momentos, visto pelas duas faces que o constituem. Não será humano fixar-se a remuneração do trabalho de acordo, exclusivamente com as possibilidades do capital e dos lucros da empresa. Mas, não será justo, na fixação do salário, desatender-se a possibilidade econômica do empregador. O princípio democrático de política social e econômica está no meio termo, no respeito simultâneo aos dois interesses em jogo”. Donde se conclui que atende as necessidades básicas de saúde, alimentação, educação e lazer, contanto que não afetem os lucros da empresa.

Apesar de ter sido bastante atenuada essa “natureza jurídica” pelo caráter cogente que em geral se atribui às leis trabalhistas, e a teoria do direito do trabalho ter já acolhido a tese de que se trata de um contrato de adesão, permanece como obstáculo epistemológico a própria categoria de contrato, na medida em que é admitido como pressuposto do fato “trabalho”; é um obstáculo, porque elide a realidade, onde o operário é uma simples peça na formidável engrenagem da produção, uma peça que é preparada, desde o nascimento, nos aparelhos ideológicos do Estado, para participar do complexo de mão-de-obra do sistema de produção.

#### 2.4 O caráter retórico dos princípios gerais do direito do trabalho

Sem entrar em detalhes sobre a equivocidade do signifiante “princípio gerais”, partimos da definição de Plá Rodrigues: “Linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.”

O grande jurista uruguaio enumera os seguintes: a) o princípio de proteção; b) o da irrenunciabilidade dos direitos; c) o da continuidade da relação de emprego; d) o da primazia da realidade; e) o da razoabilidade; e f) o da boa fé.

Quanto ao direito processual do trabalho, Wagner D. Giglio enumera os seguintes, que implicam a especificidade do direito processual trabalhista em relação ao direito processual civil: a) o princípio protetor, básico no direito material do trabalho e que se comunica ao direito adjetivo; b) o princípio da jurisdição normativa; c) o da despersonalização do empregador; d) o da simplificação do procedimento; e e) o princípio da ultrapetição.

Todos esses princípios derivam do caráter de conquista que impregna todo o direito do trabalho, e só podem ser compreendidos em seu alcance, na medida em que o direito do trabalho assume sua função transformadora na sociedade; mas não é o que ocorre na dogmática trabalhista, onde o idealismo das intuições prevalece sobre a realidade dos fatos.

A zetética trabalhista não nega a importância teleológica e axiológica desses princípios, mas

denuncia o seu caráter retórico, na medida em que eles são utilizados para legitimar a ordem jurídica e não para transformá-la.

O já citado Plá Rodrigues, por exemplo, citando De Castro, enumera uma tríplice função para os princípios gerais, qual seja, função informadora, para o legislador, normativa, para os casos de lacunas, e interpretadora, como critério de orientação para a magistratura ou para o intérprete. Não há menor menção à função transformadora, quando eles podem servir, por exemplo, para ampliar as conquistas do trabalhador.

Parte-se da ordem jurídica estabelecida como uma realidade transparente e estática, uma ordem que é preciso manter, e esse mito da transparência do direito, essa falsa noção de ordem é que transforma os princípios do direito do trabalho em meros artifícios retóricos para legitimar uma situação injusta.

Caberia uma análise de cada princípio, mas podemos ater-nos ao princípio protetor.

Quando nos referimos ao princípio *in dubio pro operario*, ou o da “condição mais favorável”, sob o enfoque dogmático ele pode significar o seguinte: “é preciso proteger o operário, suprir-lhe as necessidades básicas, contanto que ele continue operário.”

O obstáculo epistemológico que desse caráter retórico deriva está justamente na elisão dos verdadeiros motivos que animam o direito do trabalho como ordem de proteção e não da legitimação, uma ordem de transformação que é preciso restabelecer.

Todos esses mitos, são-no porque contrariam a realidade; mais ainda, pretendem substituir a realidade por uma ideologia que faz com que o jurista aceite como real concreto aquilo que não passa de elaboração teórica: nem o Estado é a entidade neutra, que protege os oprimidos, nem o trabalhador é autônomo para decidir a própria participação na relação de emprego, nem o contrato individual de trabalho é uma ordem sinalagmática de igualdades.

Não vamos discutir a filosofia desses mitos e nem decidir se isto corresponde ou não à natureza humana, mas, tão-somente, projetá-los no plano de uma epistemologia do direito do trabalho; para reconstruir o objeto científico do direito do trabalho é preciso desmitificar o idealismo desses pressupostos da dogmática tradicional, ou seja, superar esses obstáculos epistemológicos como caminho para uma ruptura com o senso comum teórico dos juristas e de assunção da realidade da vida social.

Em suma, a elaboração de uma zetética trabalhista principia pela superação desses e outros obstáculos epistemológicos, desmitificando a ideologia do direito do trabalho e examinando criticamente o continente histórico que condiciona a nomogênese e a hermenêutica trabalhista.

### **3. A Superação dos Obstáculos Epistemológicos**

Essa tarefa de superação dos obstáculos epistemológicos do direito do trabalho não é nada

fácil, e representa imenso desafio à doutrina trabalhista.

As indicações ora elaboradas, sujeitas evidentemente à discussão crítica, coerentemente com a própria atitude zetética, são o que no momento o próprio enunciado dos obstáculos sugere.

Os obstáculos ligados ao direito em geral sugerem o realismo jurídico como atitude hermenêutica; não o realismo psicológico da escola norte-americana, nem o realismo lógico da corrente escandinava, nem o realismo axiológico do culturalismo fenomenológico; mas um realismo crítico, que valora e aproveita as contribuições de todas essas manifestações do realismo jurídico, mas que tem como objetivo a descoberta da realidade do direito para transformá-lo.

Tal realismo crítico e prospectivo não dispensa a interdisciplinariedade do saber e nem a preocupação com a historicidade dos institutos, os quais sempre vinculam a uma realidade social e histórica que transcende as categorias do direito.

Os obstáculos específicos do direito do trabalho são superados pelo enfoque zetético que atribui prevalência ao real sobre o formal.

Assim, contra o mito da neutralidade do Estado, cabe à teoria do direito do trabalho assumir, para constituir uma instância crítica, o caráter tendencioso do Estado *hic et nunc*, e desenvolver um discurso próprio que suscite meios de produção mais efetiva do trabalhador. Quando se legitima a interpretação *contra legem*, por exemplo, em relação às normas trabalhistas, nos casos de flagrante injustiça social, problema

frequentemente enfrentado pela Justiça do Trabalho, ela parece contraditória do ponto de vista da dogmática trabalhista e somente é admitida como legítima após uma retórica muito intensa que enfatiza o princípio do “livre convencimento” e o da equidade; mas nada se diz da injustiça intrínseca da lei, porque isso viria contrariar o mito da neutralidade do Estado; mas a zetética trabalhista tem o condão de prover o suporte científico e epistemológico para a jurisprudência *contra legem*, não somente na excepcionalidade dos casos concretos, mas na generalidade da lei como norma injusta e parcial.

Assumindo a parcialidade do Estado contra a falsa neutralidade, a zetética trabalhista reconduz o direito a sua verdadeira função transformadora da sociedade em benefício do trabalhador.

Contra o mito da vontade do trabalhador, a doutrina trabalhista enfatiza realisticamente que somente numa sociedade onde existe o pleno emprego é que se pode predicar a liberdade de opções. Além disso, repito, quem tem fome não tem liberdade.

Fica assim denunciada pela zetética a inconsistência das bases contratualistas do direito individual do trabalho e fundamentada a elaboração de outros meios de resguardar os interesses do hipossuficiente, por exemplo, pelo maior desenvolvimento do direito coletivo trabalho.

Na minha opinião, a ordem jurídica trabalhista, como política *de lege ferenda*, deve, a partir de tais fundamentos, instituir a convenção coletiva, ou seja, o contrato por categoria profissionais ou grupos de empregados, como o

meio normal de fundar a relação de emprego; excepcional seria então o contrato individual de trabalho, o qual necessitaria de justificativa para ser admitido juridicamente.

Ainda contra o mito do caráter sinalagmático do contrato individual de trabalho, a zetética trabalhista enfatiza a existência de uma realidade social muito mais complexa do que as teorias econômicas sóem apresentar: o que existe é uma imensa máquina burocrática, uma engrenagem social desde a mais simples expressão empresarial até a sofisticadíssima multinacional, dedicada à produção e distribuição de bens de consumo, mais a uns do que a outros.

Em relação aos princípios gerais do direito do trabalho, a zetética não somente denuncia o caráter retórico com que são apresentados, com uma função legitimadora do *statu quo*, mas apresenta como princípio básico o princípio da transformação: o direito do trabalho, em face do direito comum, está vocacionado para a transformação da sociedade em algo melhor e não para a defesa e manutenção da ordem estabelecida.

Lembremos finalmente que a razão de ser do direito do trabalho não é a igualdade formal do direito comum, mas a desigualdade real, ou seja, a hipossuficiência do empregado como um dado real, o que levaria pelo menos à tese do estado de necessidade ou à da inexigibilidade de outra conduta, como presunção *juris tantum*, senão *juris et de jure*, a orientar as decisões da Justiça do Trabalho.

#### **4. Interpretação Zetética das Normas Trabalhistas**

Retomando a noção bachelardiana de corte epistemológico, e a verificação de que o direito do trabalho significou um corte epistemológico em relação ao direito comum, é possível proceder à revisão zetética dos princípios que norteiam a hermenêutica trabalhista.

Por outro lado, a revisão crítica das funções do direito do trabalho, que o situam como ordem de proteção, ligada à idéia de transformação social, possibilita estabelecer, como ponto de partida, que a interpretação das normas trabalhistas deve ser sempre meta-dogmática, eis que a proteção do trabalhador visa sobretudo à sua promoção social, ou seja, a sua crescente participação nos frutos de seu próprio trabalho.

O novo enfoque que dessa maneira se desenvolve no concernente aos métodos e à própria filosofia da interpretação jurídica, torna imprescindível a revisão crítica do saber teórico acumulado, dos postulados tradicionais da hermenêutica jurídica.

Partindo do pressuposto fixado no início, de que a dogmática enfatiza a normatividade do direito, e que a zetética procura sua concreção histórico-social, ou seja, o conteúdo das normas, é possível classificar as escolas hermenêuticas, conforme a importância maior ou menor que atribuam aos dois aspectos do direito; ou seja, ou se interpreta a norma para definir-lhe o conteúdo, ou se interpreta o conteúdo para estabelecer um significado à norma.

Este aspecto de concreção encontra a sua expressão mais notável na teoria egológica do direito, quando afirma que a ciência do direito não interpreta a norma, mas a conduta humana em seu aspecto inter-subjetivo.

As doutrinas hermenêuticas podem destarte ser agrupadas em duas categorias: as de orientação dogmática e as de orientação zetética.

Como doutrinas dogmáticas, podemos considerar a Escola da Exegese, que se desenvolveu na França sob a influência do racionalismo do século XVIII e do positivismo do século XIX, e que levou às últimas conseqüências o dogmatismo legalista em relação ao Código Civil de 1804, o famoso Código Napoleão: a Escola da Jurisprudência Conceitual, que, na Alemanha do século XIX, representou a conciliação entre o historicismo e a mentalidade dogmática, substituindo o fetichismo da lei pelo dogmatismo dos conceitos jurídicos, categorias gerais *a priori* do direito e imunes às transformações sociais; e a Escola da Jurisprudência Analítica que, no dizer de Miguel Reale, assimilou a atitude de compreender o direito segundo esquemas lógicos-formais, não obstante a natureza especial da *common law*.

As escolas de orientação zetética podem por sua vez ser agrupadas segundo a prevalência que atribuem a um dos elementos integrantes do conteúdo do direito, quais sejam, o elemento fim, o elemento fato social ou o elemento realidade, compreendida esta de diferentes maneiras.

A zetética é representada pelas teorias da Ihering e Heck, ambas reagindo ao dogmatismo

conceitual e enfatizando que a chave da interpretação jurídica é a finalidade do direito.

A zetética sociológica aparece primeiro em François Gény, quando estabelece a distinção entre o dado, os elementos que o jurista encontra postos na vida social, e o construído, aquilo que ele constrói com sua técnica; e desenvolve-se na Escola do Direito Livre, de Ehrlich e Kantorowicz, os quais engatizam a existência, na sociedade, de normas espontâneas dos grupos sociais em oposição ao direito do Estado e prevalecendo sobre elas; e na Escola de Jurisprudência Sociológica, nos Estados Unidos, a qual, através da atividade jurisprudencial da Suprema Corte americana, pelo desassombro de Holmes e Cardozo, significou verdadeira ruptura, no sentido bachelardiano, com o pensamento estratificado nos precedentes, sob a influência dogmática da Escola Analítica; acresce que o maior teórico da Jurisprudência Sociológica, Roscoe Pound, já intuía o comprometimento do direito com a transformação da sociedade progressivamente melhor e mais justa.

A orientação realista finalmente procura estabelecer a realidade como fundamento da interpretação jurídica, ou seja, a partir do conhecimento do que realmente ocorre quando se interpreta a lei e se aplica às situações da vida, quais os fatores que influem na atividade jurisdicional, não numa ótica idealista, mas numa perspectiva realista. O realismo jurídico em suas diferentes manifestações é também precursor da zetética jurídica pela atitude crítica que adota em relação ao saber jurídico acumulado, no mundo da *common law*.

As escolas realistas porém distinguem-se entre si pelo modo como concebem a realidade social e a jurídica; por isso, é possível separar as correntes do realismo jurídico de orientação psicológica que enfatizam as motivações psicológicas nas decisões judiciais, como o demonstram os corifeus do realismo jurídico estadunidense (Franck, Llewellyn); uma escola de orientação lógica, onde os aspectos lógicos e linguísticos da interpretação são evidenciados, e um realismo axiológico que se pode inferir do culturalismo de Siches, Cossio e Reale.

Mas a crítica zetética, ao analisar em profundidade essas escolas, verifica que seus pressupostos são dogmáticos, eis que não conseguem desligar o direito, nem da idéia de ordem vinculada à estaticização da sociedade, e nem da noção idealista do Estado como entidade situada acima da ordem social e neutralmente responsável por ela.

A crítica zetética considera que as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem social: o recurso à equidade, à justiça e ao direito natural, são meros instrumentos retóricos para impor uma ideologia e ocultar a realidade, que permanece inalterada. E a história o comprova, pois nenhuma doutrina jurídica conseguiu até agora fazer com que os fracos e oprimidos deixassem de sê-lo; e o mundo está aí, com suas guerras, o subdesenvolvimento e a fome, com a exploração dos pobres, indivíduos e nações, isso tudo em nome da liberdade, da dignidade e do respeito à pessoa humana, e ultimamente em nome dos direitos humanos.

Assim, embora voltadas para o conteúdo social e axiológico do direito, trata-se de uma zetética intradogmática, porque voltada para a legitimação da ordem jurídica, não sendo por isso compatíveis com a função transformadora do direito do trabalho.

Em face do exposto, retomamos nossa tese inicial, de que a interpretação das normas trabalhistas deve ser sempre meta-dogmática, porque dimada de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para o seu princípio basilar, o da transformação.

Pode-se então estabelecer a diferença entre a interpretação do direito comum e a do direito do trabalho, na perspectiva zetética meta-dogmática, considerando, *brevitatis causa*, os tradicionais procedimentos hermenêuticos, definidos como interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática.

Na interpretação gramatical, melhor denominada filológica, em relação ao direito comum, existe uma preocupação sobretudo semântica, o que é uma consequência do primeiro obstáculo epistemológico, o do mito da realidade experiencial do direito; assim, parte-se da falsa noção de que o direito existe como um dado da experiência que a interpretação pode identificar; diz-se o que é o direito à luz de sua expressão normativa e vai-se além, procurando identificar-se a realidade imaginada do direito com dados empíricos, por exemplo, a vontade do legislador, a intenção da lei, ou mesmo a vontade do Estado, como se fosse possível reconstituir a vontade real de um legislador que já morreu, ou a intenção de uma

entidade abstrata, ou mesmo a vontade de uma ficção.

No direito do trabalho, em virtude do princípio protetor, do da condição mais benéfica, do do primado da realidade, o elemento pragmático da interpretação filológica prevalece sobre o semântico, que assim passa a ser uma interpretação linguística, que se vale das noções de semiologia.

Como interpretação pragmática, para o direito do trabalho é muito mais importante o efeito social da lei, o que a lei realmente provoca na sociedade, do que o que ela significa.

Não que o direito comum não seja passível de uma interpretação segundo a pragmática linguística, senão que, em função de seus princípios gerais, tem o direito do trabalho uma inequívoca vocação pragmática, a qual é efetivamente assumida pela Justiça do Trabalho.

No direito comum, a interpretação lógica ainda se apegava a critérios lógicos-formais, pois a argumentação jurídica na prática processual comum ainda se vale dos tradicionais raciocínios *a fortiore ratione*, *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, *a contrario sensu*, etc., com objetivos mais retóricos de demonstrar a verdade formal da argumentação, do que a verdade dos fatos *sub iudice*. Já no direito do trabalho, a prova do fato e a importância da equidade evidenciam a prevalência de elementos lógico-materiais, isto é, um *logos* que estuda os procedimentos lógicos de elaboração das premissas do silogismo judicial, e não a sua coerência formal dimanada dos princípios de identidade e de não contradição.

Quanto à interpretação histórica, no direito comum ela é um complemento da interpretação filológica ao nível semântico, pois a história é admitida em sentido próprio, de reconstituição da *mens legislatoris* ou das circunstâncias sociais da época, que ensejaram a produção das normas jurídicas. No direito do trabalho o sentido da interpretação histórica implica a concepção da história como interdisciplinariedade, ou seja, o continente histórico a que alude Althusser, envolvendo o conhecimento básico da sociologia, da economia e da política. Aliás, a própria historiografia tem sofrido enorme transformação a partir dos estudos de Toinbee, as quais não podem ser ignoradas pelo fiel à sua vocação zetética. Entre as disciplinas situadas no continente histórico do direito, não pode o juslaboralista elidir a economia, já que a desigualdade real que constitui o pressuposto de sua disciplina é sobretudo de caráter econômico.

A mesma noção de interdisciplinariedade serve para distinguir a interpretação sistemática do direito comum, da que se preconiza no direito do trabalho; naquele, a inserção da lei no seu contexto é encarada em sentido lógico, a partir das idéias da plenitude do ordenamento jurídico e da noção de ordem jurídica como sistema fundado na hierarquia das leis, embora o sistema possa extravazar-se, por exemplo, quando se utiliza o método comparativo na interpretação da lei (direito comparado). No direito do trabalho, o sistema em que a lei se insere não é uma ordem lógica, mas uma ordem real, caracterizada por uma estrutura política de poder na coletividade. Com a teoria do continente

histórico, a interpretação sistemática adquire outro significado no direito do trabalho, restaurando-lhe o sentido zetético original.

A interpretação das normas trabalhistas reafirma a vocação zetética meta-dogmática do direito do trabalho, pois seu principal postulado exsurge de sua função, que não é a de manter o *statu quo*, mas de transformá-lo, com os instrumentos que a doutrina do direito social elabora, no sentido da promoção humana do empregado contra as injustiças de uma ordem social que lhe é adversa.

## **5. Conclusão: Uma zetética trabalhista meta-dogmática**

Ao final da presente exposição, pode-se extrair algumas ilações da teoria zetética do direito do trabalho, as quais se resumem em dois pontos básicos: a) a necessidade de orientação do trabalho para sua função transformadora da sociedade; e b) a auto-superação do direito do trabalho como ordem de proteção.

A primeira é decorrência da nova filosofia da interpretação jurídica, que enfatiza o caráter crítico e prospectivo da doutrina trabalhista; a segunda é uma ilação do que denominamos, no início, aporia do direito do trabalho, qual seja, o sentido de auto-separação que decorre do fato de o direito do trabalho assumir a desigualdade real, não para mantê-la, mas para superá-la, o que implica o desaparecimento do direito do trabalho como ordem de proteção, na medida em que as

conquistas trabalhistas tornarem desnecessária a sua intervenção no sistema geral do direito positivo.

O que poderá ocorrer é o inverso da situação atual, onde existe um direito comum, sendo o direito do trabalho considerado algo excepcional dentro do sistema geral do direito positivo: a tendência me parece ser a de o direito do trabalho passar ser considerado o direito comum, pois, tendo em vista o número de pessoas que disciplinam suas relações econômicas e sociais sob a égide do direito do trabalho, ele me parece constituir autêntico *jus commune*.

Mas após essa rápida digressão, retomamos a tese da aporia, para dizer que, se o ideal do direito é a igualdade, não apenas em sentido formal como garantia retórica inserida nos textos constitucionais (princípio da isonomia), mas real, esse ideal implica o desaparecimento do direito do trabalho como sistema de proteção do hipossuficiente. O ideal do trabalho é que não tivesse sido necessária a sua existência.

Dentro desse contexto prospectivo, algumas teses podem ser surgidas, as quais submeto à consideração dos especialistas; já não falarei em co-gestão, participação nos lucros, sindicalização, e outros temas exaustivamente tratados, mas permito-me tratar de quatro assuntos que têm alcance mais teórico, relacionados com a doutrina trabalhista e que encontram na zetética o seu fundamento epistêmico.

1. A retomada do sentido social do instituto da estabilidade, considerando normal o emprego e anormal, proibido pela ordem jurídica, o

desemprego. Segundo uma *zetética de lege ferenda*, deve-se evitar deixar ao arbítrio da empresa a iniciativa da rescisão, só admitindo-a em casos excepcionais.

Pela *zetética de sententia ferenda*, a retórica do interesse da ordem jurídica e do próprio Estado na sua política de pleno emprego, pode auxiliar a jurisprudência a restaurar no ordenamento jurídico o direito à estabilidade no emprego, cuja anulação, no direito brasileiro, além de ter constituído um retrocesso nas conquistas trabalhistas, gerou problemas sociais de gravíssimas consequências. O retorno à estabilidade será obra da jurisprudência e não da lei.

2. Complementando a tese anterior, se o direito do trabalho admitir a rescisão nos casos excepcionais *orevustis en keum aoresebti* a tese da responsabilidade objetiva do empregador, a qual evitará a mesquinha, além de onerosa, discussão sobre as justas causas. A tese da responsabilidade objetiva pode fundar-se na teoria do risco: a condição de empregador implica a assunção do risco do ônus da rescisão, independente de justa causa. No Brasil atual penso ser até uma iniquidade discutir justa causa de quem ganha salário-mínimo, para que o empregador possa furtar-se ao pagamento de alguns encargos a mais.

3. A generalização da convenção coletiva – instituição peculiaríssima do direito do trabalho – como o instrumento normal de regulamentação dos direitos e deveres do empregado no âmbito da empresa, minimizando os inconvenientes da falsa

autonomia do empregado, como parte de um contrato individual de trabalho.

4. A tese da função meta-jurisdicional da Justiça do Trabalho. Esta, deixarei para os eminentes magistrados que me ouvem o seu desenvolvimento. Mas eu não poderia perder essa oportunidade de expor o meu pensamento sobre a alta missão da magistratura trabalhista, a qual, segundo a teoria zetética, e também superando outro obstáculo epistemológico, o mito da separação dos poderes do Estado, não se resume à prestação jurisdicional em face de ocorrência de conflitos. Essa função, vejo-a como a de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, em colaboração com o Ministério do Trabalho e com o Ministério Público do Trabalho; como consequência dessa função fiscalizadora, um dos mais importantes princípios do direito processual do trabalho é o da ultra-petição, ou seja, a possibilidade de o juiz trabalhista julgar além do que pedem as partes, no intuito de fazer prevalecer a verdade e garantir a dignidade do trabalhador.

5. Finalmente – e esta quinta tese me parece de conteúdo mais filosófico do que de real alcance político – em complementação ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos, a zetética propõe a tese da irreversibilidade das conquistas trabalhistas.

Penso poder explicar com uma imagem alegórica: quando ocorreu o incêndio do Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, a comunidade científica lamentou a perda da nossa cultura; mas logo se considerou que as obras perdidas estavam

catalogadas no mundo inteiro, e por isso elas estavam salvas, pois o que importava para a cultura da humanidade não era a possibilidade de se as ver, mas o fato de haverem sido criadas.

Assim é o direito do trabalho. Não importa que as legislações retrocedam na garantia real das conquistas trabalhistas; o que importa é que o direito do trabalho, como sistema científico, as tenha elaborado, e que sejam consideradas irreversíveis, pois assim, passada a fase de anomalia, elas certamente serão restauradas como conquistas irreversíveis.

Ao final desta exposição, penso não ter dito nada de novo, pois a atitude zetética sempre esteve presente, consciente ou não, na obra dos grandes mestres de direito do trabalho, e no sentido altamente social das decisões da magistratura trabalhista.

O que todavia pode ter constituído uma contribuição, embora humilde, é o caráter científico que a zetética atribui a essa atitude, que perde o seu caráter basicamente emocional e ideológico, para adquirir uma fundamentação científica baseada na realidade social, e partindo de uma visão crítica e prospectiva da ciência do direito como construção da sociedade.