

APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE JURISDIÇÃO TRABALHISTA E HERMENÊUTICA¹

Alcides Otto Flinkerbusch

Julz do Trabalho Substituto

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo IBEJ/PR

Mestrando em Direito pela UNISINOS/RS

1. INTRODUÇÃO

Estas reflexões dizem respeito ao modo de ver o Direito do Trabalho. Elas buscam na filosofia algumas contribuições para mudar o modo de ver tradicional, ou mudar o como vemos preponderantemente através da tradição sem colocá-la em questão. Ver o Direito do Trabalho significa compreender e ao mesmo tempo criar o sentido desse Direito. Se não mudamos o modo de vê-lo, não criamos novos sentidos e não o compreendemos como fenômeno² jurídico, ou seja, continuamos nos servindo dele sem o sentido necessário do nosso tempo.

Falamos de interpretação. Ver e desvelar o sentido de algo é interpretar. O problema, então, é entender como podemos fazer isso, e também porque o fazemos do modo como fazemos. A importância dessa descoberta – sobre o *como* interpretar – é essencial, não porque encontramos uma certa essência da interpretação, mas porque conseguimos ver (*des-cobrimos*) o ser das coisas³. Mais adiante aprofundamos esse pensamento.

1.1. SOBRE O PROBLEMA DA METODOLOGIA

Tradicionalmente interpretamos olhando para a lei e sobre ela nos debruçamos com as ferramentas de métodos hermenêuticos de caráter normativo⁴. Toda metodologia de interpretação é fruto da concepção metafísica da filosofia da consciência, onde se acreditava que o conhecimento das coisas era possível pela relação direta entre os sujeitos (que podem conhecer, ou cognoscentes) e os objetos (passíveis de ser conhecidos, ou cognoscíveis). Quer dizer, acreditava-se que a investigação científica podia chegar à verdade das coisas utilizando um método adequado, sem interferência

¹ Trabalho de Pesquisa apresentado pelo autor na cadeira de Hermenêutica Jurídica no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS, sob a orientação do Professor Doutor Lênio Luiz Streck, com algumas alterações posteriores.

² Dizer fenômeno significa desde já estabelecer que o Direito é um acontecer, ou seja, um existencial contemporâneo ao nosso.

³ Por enquanto, basta lembrar que quando falamos em ser não estamos falando de um substantivo, mas de um verbo. Cfe. Heidegger, Martin, *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987, p. 83.

⁴ Têm caráter normativo porque ditam regras operacionais. A respeito desse tema, ver a abordagem sobre “O sentido da interpretação e a interpretação do sentido” feita por Streck, Lênio Luiz, in *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93 e seguintes.

do sujeito⁵. É assim que o positivismo fez escola no Direito, e em geral é assim que aprendemos o Direito na escola: acreditando na possibilidade de encontrar a verdade no discurso jurídico, entranhada nele como uma verdade oculta, acessível àqueles que pudessem dominar os métodos hermenêuticos, entre eles o gramatical, o lógico, o teleológico, o histórico, o sistemático etc. E não é à toa que muitos de nós têm a impressão de ter saído da faculdade sem conseguir encontrar a tal verdade escondida nos textos da lei.

Talvez esse seja o melhor indício para desconfiarmos de alguma impossibilidade no que a escola nos propôs. Não existe uma verdade oculta porque não é possível ver o que não aparece. O problema é que esquecemos de prestar atenção ao que aparece ou, em outras palavras, ao modo como as coisas se mostram. No Direito, normalmente não vemos o “como” os textos aparecem e em que contexto aparecem. Não adianta procurar uma verdade por detrás da aparência, porque qualquer interpretação nova afasta a anterior, ou seja, toma seu lugar e não se pode falar mais da dicotomia entre o que aparece e o que está oculto. Essa nova interpretação, por sua vez, é também aparência e única verdade para o intérprete⁶, e deixará de ser quando outro novo sentido ocupar seu lugar⁷.

Hermenêutica, então, não é método. Interpretação é o trabalho de desvelamento⁸ da aparência. Mas se a aparência é o que aparece, por que é preciso interpretar? Porque naturalmente não nos perguntamos sobre o que se vela – ou que se esconde atrás de um véu –, quando algo aparece. E isso não significa que por se mostrar por inteiro, o *algo*, enquanto acontecimento, não exige que pensemos sobre o que vemos. Temos *pré-juízos* sobre o que vemos e esses *pré-juízos* nos empurram para detrás do véu que vela o modo de ser das coisas. Estamos falando em véu porque o que não vemos não está invisível, oculto, inatingível, mas está ali, ao nosso alcance, mostrando-se por inteiro. É como se estivéssemos cegos diante de tanta claridade, de tanta evidência.

O caráter instrumentalista do método hermenêutico que nos vem conduzindo não nos serve mais, e a hermenêutica reverte-se agora à sua dimensão ontológica, porque está preocupada com o modo de ser das coisas. “Compreender” não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana⁹. A exigência de um critério de

⁵ Podemos citar, entre outros, Descartes, que propõe uma “filosofia prática” capaz de chegar a conhecimentos úteis à vida. Cfe. Descartes, René, *Discurso do Método*. Brasília: Ática, 1989, p. 79.

⁶ O mais adequado é entender esse “intérprete” como *ser-aí*, *Dasein* ou *pre-sença*, que é a existência, ou modo de ser do homem, capaz de se compreender e compreender o mundo enquanto acontecimento. Cfe. Heidegger, Martin, *Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 77 e ss.

⁷ Ora, se distinguimos aparência de essência não estamos sendo razoáveis: vemos a realidade como uma máscara em um rosto e para encontrarmos a realidade como ela é queremos arrancar a máscara, mas esquecemos que por trás da máscara pode haver outra máscara e outra, e outra, sem garantia de que haverá fim, ou melhor, com a garantia de que não haverá. Por isso, essência para os gregos era *ousía* ou modo de ser.

⁸ Cfe. Heidegger, Martin, *Sobre a Essência da Verdade*. São Paulo: Abril, 1973, p. 338-9.

⁹ Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método*, Vol. I. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 125.

verdade absoluta revela-se como um ídolo metafísico abstrato e perde todo seu significado metodológico¹⁰.

1.2. A CENTRALIDADE DA LINGUAGEM E A HERMENÊUTICA COMO FILOSOFIA

É aqui que a hermenêutica aparece como filosofia, como condição da própria existência do ser do homem, porque lhe constitui como ser-no-mundo. A hermenêutica liberta-se então da busca pelo sentido intrínseco das coisas e passa a investigar o sentido constituído pela comunidade da linguagem. Impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem¹¹. E é essa constatação de que a linguagem ocupa uma centralidade inarredável, porque constituidora das possibilidades do *Dasein*¹², que opera uma verdadeira reviravolta na filosofia.

Constata-se que a hermenêutica tem uma função criadora. Da posição de reveladora da verdade existente por traz da linguagem (porque a linguagem era vista como descritiva de uma existência independente dela), a hermenêutica passa para uma posição constitutiva de mundo. Isto porque a linguagem começa a ser vista de forma pragmática, ou seja, como ação no mundo. A ação da linguagem visa ao entendimento no espaço intersubjetivo de representação. Esta representação é constituinte de sentido, cria o sentido¹³.

É possível deixar de procurar respostas universais em prol da análise das questões da individualidade (o indivíduo é estruturado na linguagem). O essencialismo da metafísica estava preocupado com a identidade do todo, quer dizer, com aquilo que reúne tudo em uma só explicação. Com a linguagem, o nível do entendimento, que é particular, ganha importância: só no particular é possível estabelecer critérios de validade para os enunciados.

A hermenêutica também se coloca no espaço temporal. Supera-se a busca pelo imutável, pelo que permanece, pela explicação do todo, pela identidade, pelo uno. Se não se busca mais o eterno, a filosofia e a hermenêutica, agora no mesmo nível, podem trabalhar dentro da finitude, dentro da temporalidade, que é onde o ser mostra o ente¹⁴.

A hermenêutica ainda se coloca no espaço intersubjetivo, deslocando as possibilidades de compreensão da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito. Não há razão prática para estudar a relação do sujeito com o objeto porque este enfoque é subjetivo, ou seja, depende de cada um. Se a representação, o conhecimento, o significado se formam no espaço da comunidade lingüística, é importante a relação entre os sujeitos desta comunidade, obviamente que no âmbito da linguagem.

¹⁰ *Idem*, p. 126.

¹¹ Cfe. Rorty, Richard, *El giro Linguístico*. Barcelona: Paidós, 1988.

¹² Cfe. notas 7 e 21.

¹³ Cfe. Gadamer, op. cit. p. 406 e ss.

¹⁴ Cfe. Heidegger, *idem*, p. 77 e ss.

1.3. SER E ENTE: A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

Toda discussão que se coloca aqui está posta sobre a questão do ser. A filosofia pretende encontrar a explicação do todo, ou uma explicação que sirva para o todo. Por isso, procura pelo fundamento do todo¹⁵. E o que o todo, o que todas as coisas, têm em comum? O ser. Toda realidade é. Qualquer coisa para ser explicada, para ser entendida, é. Algo é isso ou é aquilo. Podem ser coisas diferentes, mas todas são. O que a coisa é não importa, importa o que é o ser da coisa, que é o mesmo ser de todas as coisas. Compreendendo este fundamento, que é o ser, podemos compreender a realidade como um todo¹⁶. "A filosofia procura o que é o ente enquanto é. A filosofia está a caminho do ser do ente, quer dizer, a caminho do ente sob o ponto de vista do ser"¹⁷.

Estamos falando da diferença ontológica. Ou seja, ser não é ente (coisa) e ente (coisa) não é ser. Por exemplo, quando falamos "ser humano" estamos falando no movimento de ser que caracteriza um ente humano. Para nos referirmos à pessoa deveríamos falar de forma mais adequada em "ente humano" ou "coisa humana". Do mesmo modo, andar é uma forma de ser, enquanto andante é uma forma de ente: o ser de uma parte dos entes é andar, enquanto o ser de outra parte dos entes é não andar. Quando vemos um animal andando, vemos a coisa (animal) realizando um processo, não vemos o andar. Portanto, toda ação é um modo de ser. Em outras palavras, vemos as coisas sendo e não as coisas em si; depois é que podemos identificar o ser, que é anterior ao ente, que possibilita que se diga o que o ente é. Assim, o ser é fundamento do ente.

Ter consciência da diferença ontológica significa saber que o que se mostra quando interpretamos é o ser das coisas, e não a coisa em si, pois a coisa em si não existe.

1.4. COMO ESQUECEMOS DOS FENÔMENOS AO INTERPRETAR AS LEIS

Quando tratamos de um texto de lei, o que aparece, em princípio, é a transmissão de uma mensagem, seja uma ordem, uma regra, um parâmetro. Aparece para nós uma proposição assertórica (passível de juízo de valor: verdadeiro ou falso). Mas, como já está dito, o que aparece não se mostra por completo, e aí vem a necessidade da interpretação, que é criação ou atribuição de sentido ao texto.

Toda e qualquer proposição assertórica, como um texto de lei, só se mostra com sentido se tivermos pré-compreensão sobre o sentido dos termos que a compõem e,

¹⁵ Cfe. Heidegger, Martin: *"Como quer que seja, procura-se decidir a questão no fundo, que dá fundamento para o ente ser, como tal, o ente que é. Essa questão do 'por que' não procura causas de igual espécie e do mesmo plano que o ente. Não se move em nenhuma fâcie ou superfície. Afunda-se nas regiões profundas e vai até os últimos limites dos fundos. É avessa a toda superfície e planura, voltada para as profundezas. A mais vasta, é igualmente a mais profunda das questões profundas". Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987, p. 35.

¹⁶ Mas não é possível definir este ser das coisas com objetividade, conceituando-o. O ser das coisas não é definível nem reduzível a uma explicação, porque ele é um processo, é um modo, é um como, é um verbo. A compreensão da totalidade, portanto, não se resume a um conhecimento objetivo, metafísico.

¹⁷ Idem. *Que é isto – a Filosofia?* São Paulo: Abril, 1973, p. 217.

além disso, do sentido da relação entre os termos. O processo hermenêutico envolve uma trama complexa de relações entre o significado das partes e do todo, sem que um venha antes do outro. É certo, portanto, que o sentido que atribuímos a um texto de lei depende necessariamente do que, previamente, pensamos e compreendemos a respeito do que ele trata.

A concepção de ciência moderna nos acostumou a trabalhar com conceitos, mesmo nas ciências sociais, como no Direito. Assim, os termos e as expressões jurídicas que se referem a fenômenos são definidos por conceitos (proposições) aos quais atribuímos a qualidade de verdadeiro ou de falso (neste último caso entendemos que a proposição é contrária à lógica jurídica). A partir dessa predeterminação de sentido é que entendemos o Direito e trabalhamos com seus institutos, e desse modo interpretamos a lei. Quando um determinado ente jurídico é conceituado, fixamos as suas características, o seu alcance e a sua função, e isso passa a servir como pré-juízo (um juízo prévio) a respeito dele. Estes pré-juízos são necessários para que possamos interpretar, senão a possibilidade de pensar o sentido nos escaparia. É fácil perceber, portanto, que a pré-compreensão e os pré-juízos são condições de possibilidade para a interpretação¹⁸.

O problema é que entendemos os conceitos como expressão da essência dos entes jurídicos, como se existisse essência por trás da aparência, e nos esquecemos que esses "conceitos" são referenciais para uma compreensão do que aparece nos textos legais. Ou seja, são condições de possibilidade para a interpretação. Como referenciais, essas noções preexistentes não são absolutas, pelo contrário, apenas contribuem para a compreensão e ao mesmo tempo são superadas pela interpretação. Se pensamos os conceitos jurídicos como expressão da essência dos entes jurídicos acabamos por torná-los imutáveis, verdadeiros entes metafísicos, sem relação com a realidade à qual estão referenciados.

Um caminho para escapar da armadilha metafísica é olhar para os fenômenos do mundo, para a realidade, porque é ela, a realidade (ou idade real), que mostra o modo de ser dos entes jurídicos. Um ente jurídico referido por um texto legal em 1900 não é o mesmo de 2000, por mais que o texto que a ele se refira seja o mesmo¹⁹, porque a realidade não é a mesma e o que se mostra, como ser deste ente, também é diferente.

1.5. A TEMPORALIDADE DA NORMA

Aqui podemos falar de um outro elemento, que já está aparecendo em tudo o que está dito, que é o tempo. Como podemos entender que o ser das coisas, enquanto seu fundamento, só é compreendido quando olhamos para a realidade, concluímos que este ser é temporal. Nada aparece no passado nem no futuro. As coisas se mostram no exato instante que acontecem, na sua temporalidade. A coisa "é" nesse exato instante que se mostra sendo. Não é possível parar o instante e definir a coisa como ela aparece, porque a sua característica fundamental é a existência no tempo. Um instante é a condição de possibilidade para o seguinte e assim sucessivamente.

¹⁸ Cfe. Gadamer, *op. cit.* p. 368.

¹⁹ Tratamos, mais adiante, deste aspecto, ao falarmos da diferença entre texto e norma.

Conseqüentemente, o conhecimento de um modo de ser, em sua temporalidade, é a condição de possibilidade para a compreensão da coisa.

De volta ao texto jurídico, podemos assegurar que a mensagem que ele mostra não é estática, porque inexoravelmente sua existência está atrelada ao tempo, como a nossa está. Acontece que a nossa condição de existência é diferente²⁰, porque temos a possibilidade de compreender o que a mensagem diz. Nossa possibilidade de interpretar é a nossa característica fundamental, porque só nós podemos perceber as coisas enquanto singularidade, enquanto temporalidade, enquanto aparecem em seu modo de ser. A norma, que é a mensagem que o texto mostra – não em sua *textitude*²¹, mas no seu processo existencial – é inexoravelmente atrelada ao tempo que lhe condiciona na dimensão exata que o *Dasein* pode compreender.

Em outras palavras, só podemos entender a norma que um texto legal mostra no exato instante que estamos vivendo, que é o mesmo instante em que ela aparece. Tudo o que nos condiciona enquanto seres que somos e que podemos compreender dimensiona a norma nesse mesmo instante da interpretação.

Está claro que há uma diferença fundamental entre a coisa e o ser da coisa²², vale dizer, no caso da interpretação, entre o texto e a mensagem que ele nos transmite. Mais precisamente, no Direito, há nítida diferença entre texto e norma. “O texto normativo genérico, previamente dado, elaborado pelo poder legiferante, não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso”²³. Usando as palavras do filósofo, “o único caráter da língua que permanece na informação é a forma abstrata da escrita, que é transcrita nas fórmulas de uma álgebra lógica”²⁴.

O legislador, então, faz o texto. A norma é uma construção do intérprete, que lhe dá o alcance necessário diante do que a realidade e a tradição lhe informam. É claro que essa construção não é arbitrária, pois o texto normativo não permite qualquer interpretação ou uma interpretação qualquer. Também é uma premissa já discutida que a tradição é responsável por estabelecer pressupostos necessários para a compreensão, mas ela não determina sozinha o sentido do texto. A norma depende da situação em que está posta. A norma é um acontecer do texto segundo a sua temporalidade.

2. SOBRE A JURISDIÇÃO TRABALHISTA

Como ponto de partida vamos estabelecer que a jurisdição trabalhista envolve todas as decisões, interpretações e argumentos do judiciário que tratam de matéria trabalhista. Poderíamos ir mais longe e dizer que a jurisdição trabalhista constitucional tem a ver com essa atuação judicial quando está pautada em textos da Constituição

²⁰ A essa condição existencial que possibilita o entendimento da própria condição de ser, Heidegger denomina *Dasein*, também traduzida por *pre-sença* ou *ser-aí*. Cfe. Heidegger, *Ser e Tempo*.

²¹ Ou, em outras palavras, em sua essência, no dizer de STRECK, op. cit.

²² Entre *ser* e *ente*, trata-se da diferença ontológica. Cfe. Heidegger, *Op. cit.*

²³ Adeodato, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: 2004, v. 1, n.º 2, p. 170.

²⁴ Heidegger, Martin, *Língua de Tradição e Língua Técnica*. Lisboa: Passagens, 1965, p. 36.

que tratam dessa mesma matéria.

Nosso problema diz respeito à atuação jurisdicional. Em que medida a jurisdição trabalhista está comprometida pela tradição inautêntica e, se está, porque está. Depois, se há caminho para romper com a tradição moderna (inautêntica), própria do positivismo.

2.1. A IMPORTÂNCIA E A FUNÇÃO DA TRADIÇÃO

Já falamos da pré-compreensão e de como ela serve para antecipar o sentido de um texto para compreendê-lo. Essas concepções prévias sobre o sentido de um texto jurídico são determinadas pela autoridade da tradição. O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade anônima, e nossa compreensão é determinada pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento²⁵. Ou seja, não nos perguntamos sobre pressupostos que temos por indiscutíveis, e justamente porque os compreendemos como indiscutíveis se impõem por força da tradição. Heidegger nos diz que:

Tradição não é uma pura e simples outorga, mas preservação do inicial, a salvaguarda de novas possibilidades da língua já falada. É esta que encerra o informulado e o transforma em dádiva. A tradição da língua é transmitida pela própria língua, e de tal maneira que exige do homem que, a partir da língua conservada, diga de novo o mundo e por aí chegue ao aparecer do ainda-não-apercebido²⁶.

Mas ao mesmo tempo em que é condição prévia da compreensão, essa força da pré-compreensão, que é força da tradição, pode ser fator determinante para uma interpretação desconectada da realidade. O papel da pré-compreensão é fornecer ao intérprete os referenciais necessários para o contato possível com o texto²⁷, é uma condição que traz a possibilidade de interpretar. Como é formada por elementos históricos, ela é responsável pelo véu de que já falamos. Se não nos perguntamos sobre a realidade, nos deixamos levar pelos pré-juízos e se eles não são questionados quanto à sua validade, temos uma interpretação sem os necessários componentes temporais, quer dizer, uma interpretação que simplesmente reproduz o sentido histórico. O sentido criativo da interpretação se perde quando o reproduzir toma o lugar do produzir. O véu que vela o sentido coloca-se diante do texto como que estendido pelos prejuízos que naturalmente nos permitem interpretar. É preciso olhar para além do véu, suspendendo os pré-juízos, e é isso que permite avaliar sua validade segundo o texto, conforme ele mesmo, o texto, se mostra.

Nossa tradição hermenêutica está ligada ao resgate histórico do sentido do texto legal. É a mesma tarefa que se propõe a hermenêutica teológica quando tenta reproduzir o

²⁵ Gadamer, Hans-Georg. Op. cit., p. 372.

²⁶ E conclui dizendo "Ora eis aqui a missão dos poetas". Cfe. Heidegger, op. cit. p. 40.

²⁷ Segundo Heidegger, só podemos compreender as coisas porque as conhecemos como coisas tais como são, ou seja, só compreendemos o que é um fuzil porque o conhecemos como fuzil, porque o sentido de arma se antecipa quando entramos em contato com a coisa fuzil. Se não houvesse essa antecipação de sentido, a forma material não seria compreensível. Apud Streck, Lênio Luiz, in *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 205, nota 20.

sentido das escrituras sagradas segundo o contexto em que foram produzidas. Evidentemente que o contexto histórico fornece referenciais importantes para a compreensão. Mas ao mesmo tempo vela o sentido temporal, singular, atual, do texto.

Estamos vendo que a interpretação do texto legal depende de um contexto (do que está *com o texto*) que amplia o seu sentido contextual histórico. Quando deixamos o véu da pré-compreensão sem questionamento, ele se impõe e vela o contexto em que aparece na sua temporalidade. Perdemos o sentido que se mostra (que se vela) em prol do sentido que esconde (vela). Então a tarefa da interpretação é suspender os pré-conceitos tendo-os por pressupostos para podermos compreender e sentir a atualidade (*atual idade*) do texto. É uma tarefa difícil, mas que não pode ser esquecida²⁸.

2.2. A JURISDIÇÃO TRABALHISTA E OS PRÉ-JUIZOS INAUTÊNTICOS²⁹

Ao pensarmos sobre a tarefa da jurisdição trabalhista temos que indagar se ela tem esquecido de reparar na realidade. Significa parar e pensar sobre a realidade suspendendo os pré-juízos que podem não ser mais válidos. Se não fazemos isso continuamos trabalhando com a idéia de Direito do Trabalho do fim do século XIX e início do século XX, ou seja, com um Direito contextualizado pela Revolução Industrial e suas consequências sociais. A falta de questionamento dos conceitos predeterminados (pré-conceitos) é responsável pela perpetuação da reprodução de sentido formado em outra época em razão de acontecimentos de outra época, ou seja, pela reprodução dos sentidos de uma tradição inautêntica. Hoje a realidade das relações de trabalho é outra. O trabalho disponível é outro e a forma de prestação também é diferente.

Para tentar clarear a discussão vamos propor alguns questionamentos sobre um conceito estruturante do Direito do Trabalho, que é o conceito de empregado.

O texto da CLT diz que empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário (art. 3º). Não podemos questionar o texto em si³⁰ nem nos afastar dele. Devemos questionar, sim, a mensagem que ele traz, ou seja, o modo como ele aparece hoje. Ai temos algumas perguntas: o que é serviço de natureza não eventual? Quem pode ser considerado empregador? Que dependência é essa?

Dados os pressupostos que conhecemos (a tradição) não temos dificuldade em responder a tais questionamentos. Mas já sabemos que a tarefa da hermenêutica é conciliar esses pressupostos (pré-juízos), que possibilitam que interpretemos, com o

²⁸ A isto Heidegger chama esquecimento do ser e diz que é necessário porque é próprio do ser que ele seja esquecido: porque o ente sempre é, não perguntamos o que é este é. O ente se des-vela e o ser se vela: o ente aparece e o ser não porque sempre está lá. Não nos preocupamos, não nos ocupamos do ser. A história da filosofia é a história do esquecimento do ser. *Ser e Tempo*. Petrópolis, RJ: 2002, p. 27.

²⁹ A expressão "pré-juízos inautênticos" é utilizada por Streck para designar um modo de compreender a Constituição baseado no senso comum jurídico, que adota uma metodologia interpretativa herdada do positivismo. Com isso, ele pergunta "como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988) se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito (...)?" *Op. cit.* p. 208-16.

³⁰ Porque texto em si não existe, existe apenas o ente que se mostra através da mensagem.

que a realidade nos mostra. E isso só pode ser feito quando estamos diante do caso que nos interroga, diante do caso concreto.

É preciso também suspender os pressupostos e afastar aqueles que não têm validade, ou seja, que estão desconectados da realidade. É só avaliando criticamente os pressupostos que podemos nos aproximar do caso específico e ver como ele se mostra.

Pois bem, olhando para a realidade e tendo os pressupostos suspensos, chegamos a algumas constatações. Não há dúvida de que as pessoas que trabalham hoje são diferentes daquelas que estavam diante do legislador quando o texto da lei foi escrito. Não há dúvida também, sobre a diferença na natureza dos serviços, pois ninguém desconhece que a realidade da intermediação de mão-de-obra que é fruto do *toyotismo*³¹ contrasta com a massificação que caracteriza o *fordismo*³², nem da diferença entre o modo de produção *just in case*³³ e o modo de produção *just in time*³⁴. Em face disso, o que se compreende, hoje, por eventualidade é uma coisa bem diferente do que se via. A necessidade de serviços era permanente (produção em massa), agora é casual (produção conforme a demanda), o que significa que há um novo viés sobre o que se pode ver como eventual. Se a empresa mudou o modo de produção, sua necessidade de serviços também mudou, se agora se produz conforme a demanda, significa que sempre que os serviços são exigidos (quando há demanda), a empresa precisa dos serviços, e já não se trata da mesma eventualidade. O evento (a que se refere a eventualidade) muda de configuração porque a exigência da empresa passa a ser baseada também em uma casualidade. Neste sentido, se tudo é eventual, nada é eventual. Significa que se a demanda é eventual e os serviços dependem da demanda, o evento demanda é uma constante no modo de ser da empresa, e os serviços que a atendem também passam a ser constantes, não eventuais.

Vamos além. O trabalho sob dependência hoje e a própria dependência que se apresenta são fenômenos reais, apesar das referências históricas. Portanto, trazem diferenças fundamentais em relação a essas referências. Todos sabemos que não estamos diante da mesma dependência que o operário da fábrica tinha em relação ao patrão, porque esse contexto está ultrapassado por um novo, que apresenta a convivência com novos modos de relação de trabalho. Ninguém desconhece o aumento do trabalho informal, por exemplo. Vamos lembrar o conceito de dependência econômica de Délio Maranhão, em 1957:

que a prestação de serviços não se dê de forma autônoma, isto é, que não exerça o trabalhador, ele próprio, uma atividade econômica. É preciso, portanto,

³¹ Sistema produtivo baseado em células de produção que são constituídas segundo as necessidades da demanda, e que atribui várias responsabilidades a cada trabalhador, exigindo grande especialização.

³² Sistema produtivo baseado em linhas de produção, onde cada trabalhador é responsável por uma pequena parte do processo, com pouca especialização.

³³ Modelo de produção em larga escala, própria dos anos 50, em que a demanda não era fator preponderante na determinação da produção. Nesse modelo, a quantidade de mão-de-obra necessária é rígida, permitindo pouca rotatividade.

³⁴ Modelo que adapta a quantidade de mão-de-obra à necessidade da demanda do mercado, o que importa em alta rotatividade e flexibilidade.

*para ser empregado, que o trabalhador se limite a permitir que sua força de trabalho seja utilizada, como fator de produção, na atividade econômica exercida por outrem, a quem fica por isso, juridicamente subordinado*³⁵.

Essa era a realidade que o autor via quando escreveu, que era a realidade da produção em massa. Olhando para nossos dias vemos que os trabalhadores "informais" nada têm de autonomia, que os trabalhadores "cooperativados" também não, nem os próprios "autônomos", embora trabalhem também sob dependência econômica, dependam do fornecimento do serviço e tenham sua força de trabalho utilizada como fator de produção.

O que isso tudo nos diz é que devemos suspender os conceitos prévios que temos para poder enxergar além deles. Esses pequenos questionamentos sobre esses pré-juízos não significam verdade sobre eles, mesmo porque dependem da visão de cada um sobre o que cada um vê. Contudo, constituem um alerta para que paremos um instante para avaliar o quanto tais pré-juízos permanecem autênticos e o quanto deixam de sê-lo. Afinal, queira ou não, hoje o contrato de trabalho em tempo integral, por prazo indeterminado não é senão uma das formas de emprego³⁶.

2.3. O ACONTECER DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA EM FACE DA (NOVA) CONSTITUIÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho é um documento que traz um texto de lei. Agora, o acontecer desse texto depende do intérprete. Por isso, a jurisdição trabalhista não pode contar apenas com a tradição sem questioná-la. O texto não tem vida própria, do mesmo jeito que o seu sentido não é estático. A realidade é responsável por informar, formatar, reformar o sentido do texto segundo a inserção do intérprete em um determinado contexto. A interpretação que era possível da CLT em 1943 é diferente da interpretação possível hoje, porque as condições de possibilidade se alteraram.

Isso acontece porque, segundo Streck:

*"É preciso ter claro, desde logo, que diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto de normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*³⁷."

Portanto, desde o advento da Constituição de 1988 os fundamentos da legislação trabalhista são outros. Ora, se o fundamento da norma é outro, a norma também passa a ser outra. O texto é o mesmo, mas o texto é só referencial, já a norma é constituída pelo sentido que lhe dá a tradição e pelo sentido que aparece na realidade – pelo ser e não pelo ente em si.

³⁵ Süsskind, Arnaldo, *et alii*, *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 313.

³⁶ Romagnoli, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1997.

³⁷ Streck, Lênio Luiz. *Jurisdição*. Op. cit. p. 208-9.

Muito se discutiu sobre a nova Constituição e suas inovações no Direito do Trabalho. Contudo, até hoje pouco se avançou na concretização dos interesses dos trabalhadores que a Constituição tutela. Se essa função de concretização cabia ao Judiciário ou não, é uma discussão ultrapassada, mesmo porque não é mais verdade absoluta que a cada "poder" do Estado corresponde uma função estanque. O Judiciário também tem seu papel nesta tarefa ampla, e o faz quando aprecia argumentos e decide sobre o texto constitucional. Suas decisões agregam sentido ao texto e passam a servir de base para novas decisões.

Sugerimos um exemplo como ilustração da baixa concretude das garantias sociais constitucionais. Se a Constituição estabelece "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais" (art. 7º), é porque os empregados deixam de ter lugar privilegiado na tutela dos interesses sociais. Isso acontece porque não se está mais diante da revolução industrial. A nossa *real-idade* é outra, é época da produção em função da demanda, o que requer especialização e alta rotatividade de mão-de-obra, em função do mercado.

No início do século XX, com a Revolução Industrial, a grande massa de trabalhadores estava empregada em fábricas que produziam em série. Eram trabalhadores que serviam aos ideais da modernidade. Davam sua força de trabalho à direção do empresário, que a explorava segundo a lei da oferta e da procura. Quanto mais trabalhadores, mais barata a mão-de-obra. Neste cenário de desenvolvimento desenfreado da indústria e da exploração igualmente desenfreada da mão-de-obra, vê-se o trabalhador como a pessoa que não dispõe livremente da sua força de trabalho.

Então, o sentido do ente trabalhador é específico, decorrente de todo o contexto em que está inserida a relação entre a força de trabalho e quem a direciona ou a emprega para atingir seus objetivos. Por isso, trabalhador empregado é o trabalhador que tem sua força usada por quem a emprega, pelo empregador (dessa força). A palavra usada naquele contexto diz tudo. A palavra mostra o ser. O ser deste trabalhador, então, é ser empregado por outros.

Com o *Welfare State*, auge do modernismo, pretende-se a equalização dos problemas surgidos com a exploração da mão-de-obra. Quer-se um equilíbrio entre o desenvolvimento industrial e o desenvolvimento social. O Estado cresce para frear as consequências maléficas do crescimento industrial. Nesse contexto, o Direito do Trabalho desenvolveu papel fundamental ao identificar o trabalhador como aquele que se mostrava como tal, tutelando seus interesses. Quando nasceu, nasceu para a grande massa de trabalhadores, não para alguns. A homogeneidade não foi fruto de um conceito metafísico, ideal. Foi consequência da realidade. Todo trabalhador era empregado, e como tal devia ser protegido da exploração do capitalismo.

Mas o nosso tempo é outro, é este. Trabalhador não é mais só o empregado, apesar de continuar sendo empregado. Quem trabalha é trabalhador, independentemente de ser empregado no sentido dado pela tradição. Mas é preciso ir ao fundamento para investigar de que trabalhador se fala, para que se possa dizer qual trabalhador deve ter assegurado os direitos sociais. O fundamento do sentido é dado pela Constituição, que funda, que constitui. É ela que estabelece o alcance da legislação trabalhista, é ela que dá sentido novo à Lei, porque suas palavras são constituintes.

Se pensarmos em como entendemos que alguém é um trabalhador, ou como o identificamos como trabalhador, só poderemos concluir que quem é trabalhador se mostra, aparece, se desvela, como trabalhador. E o que se mostra, o que se desvela? A pergunta comporta inúmeras respostas, até porque o sentido é constituído por cada um, na medida em que não há sentido universal, ideal, metafísico. Mas não há inteira suposição do que podemos entender por trabalhador. Não há completa incerteza. Hoje vemos uma pessoa que usa sua força de trabalho em prol do seu sustento, mas que não o faz necessariamente de maneira subordinada a um determinado patrão. Esse trabalhador desenvolve qualquer atividade que lhe proporcione condições de viver, e as melhores que puder conseguir. É claro que o trabalhador da modernidade fazia o mesmo, mas ele não dispunha das possibilidades que a sociedade atual oferece. Possivelmente, só dispunha da opção pelo trabalho por conta alheia. Percebemos, contudo, que apesar de dispor de novas possibilidades de trabalho além do "não-autônomo", no sentido que informa a tradição, o trabalhador de hoje também é empregado, mas não se requer dele o tempo à disposição, senão o resultado do que ele pode proporcionar. Continua sendo empregado, mas mais em razão do resultado do seu trabalho e não do tempo que pode ficar à disposição do patrão.

Um dos problemas na concretização dos direitos sociais é que continuamos vendo o trabalhador como o empregado da fábrica. O Direito do Trabalho desenvolveu conceitos e enquadrou o trabalhador em uma fórmula metafísica que imobiliza o acontecer, que obscurece o fenômeno jurídico que é a relação de trabalho. E continuamos acreditando nesse conceito sem colocá-lo em questão. Pensamos metafisicamente, tentando enquadrar a realidade no ideal (relativo ao campo das idéias) e esquecemos que a realidade é o que se mostra e que não existe essência. A essência é o conceito e o conceito, em si, é metafísica.

Portanto, quando estamos diante do fenômeno relação de trabalho – não um fenômeno em tese, mas um fenômeno real que aparece vivo (existente) diante de nós – temos que olhar para a lei trabalhista suspendendo nossos pré-juízos, separando os inautênticos e dando abertura para os novos constituídos pela Constituição. É a superação da tradição inautêntica baseada na regulamentação infra-constitucional³⁸ que proporcionará o acontecer da Constituição para a realização dos déficits da modernidade³⁹, que é responsável pela concentração de renda, pelas diferenças sociais, pelas condições precárias de trabalho, pela exclusão social enfim.

3. À GUIA DE CONCLUSÃO

1. A matriz fenomenológica que orienta o trabalho de interpretação não está atrelada a métodos. A hermenêutica é um existencial, um modo de ser próprio do homem, enquanto ser que pode compreender e se compreender.

2. Não há método que possa revelar a essência das coisas, e por isso não

³⁸ Neste sentido ver o capítulo "Sintomas da inefetividade da Constituição: a 'baixa constitucionalidade' e os pré-juízos inautênticos" in Streck, Lênio Luiz, op. cit. p. 208-16.

³⁹ Sobre esse assunto consultar Santos, Boaventura de Souza, in *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 68-73.

podemos conhecer as coisas em si. As nossas possibilidades de conhecer dependem das condições existenciais.

3. Os conceitos jurídicos que se referem a fenômenos são necessariamente históricos, estão referenciados a uma realidade passada que se firma pela tradição. Esses pré-juízos são necessários à possibilidade de compreensão dos fenômenos.

4. A tradição se impõe sem questionamento porque constitui nossa própria condição existencial. Mas traz em si, justo por isso, a peculiaridade de esconder os sentidos que só podem ser desvelados pelo trabalho hermenêutico de suspensão dos pré-juízos.

5. Compreender a diferença ontológica, a diferença entre o ser e o ente, é necessário para podermos compreender a norma como um acontecer do texto, que depende de nossa condição de ser no mundo.

6. Isso implica em ver a legislação trabalhista em sua temporalidade, suspendendo os *pré-juízos* trazidos pela tradição inautêntica.

7. A superação dos pré-juízos inautênticos pode proporcionar uma atuação jurisdicional no âmbito trabalhista de forma a realizar os objetivos sociais propostos pela Constituição.

4. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Brasília: Ática, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

_____. *Língua de tradição e língua técnica*. Lisboa: Passagens, 1995.

_____. *Que é isto – a Filosofia?* São Paulo: Abril, 1973, p. 205-22.

_____. *Ser e Tempo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. *Sobre a essência do fundamento*. São Paulo: Abril, 1973, p. 281-324.

_____. *Sobre a essência da verdade*. São Paulo: Abril, 1973, p. 325-44.

ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1997.

RORTY, Richard. *El giro Lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et ali*. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.