

DIREITO DO TRABALHO, OS OFÍCIOS E OS INSTITUTOS JURÍDICOS: HISTÓRIA E CONTINGÊNCIA

Mônica Sette Lopes*

“Um fato não é um ser, mas um cruzamento de itinerários possíveis.”¹

A história não se escreve a partir de um fato, daquele fato que não é o ser da história. Na confluência dos itinerários, há um vislumbre mais ou menos nítido da situação, que é fusão de contingências no intérprete distanciado no tempo com seus próprios itinerários.²

Para o direito, a história ou, mais específica e claramente, a historiografia constituem um método do itinerário epistemológico ou um meio de conhecer, também ele fundado na sobreposição aglutinada de vivência contingencial. Não se trata, porém, de uma perspectiva de automatismos. Não se trata, nem de longe, da redundância na citação das mesmas referências teóricas como um passo antecedente imprescindível em qualquer trabalho acadêmico. Não se trata de repetir o que o teórico de hoje disse em torno do que o teórico de ontem falou reproduzindo o de antes de ontem e muitas vezes usando o mesmo exemplo alimpado de riscos. A história do direito só tem sentido quando não foge da curva inesperada, da pista escorregadia, da descida íngreme demais para a experiência do direito. Para apreendê-la é essencial se imbuir de um preceito que expõe a imprecisão da perspectiva do historiador, como um dos intérpretes da história:

Os historiadores narram tramas, que são tantas quantos forem os itinerários traçados livremente por ele, através do campo factual bem objetivo (o qual é divisível até o infinito e não é composto de partículas factuais); nenhum historiador descreve a totalidade desse campo, pois um caminho deve ser escolhido e não pode passar por toda parte; nenhum desses caminhos é o verdadeiro ou é a História.³

O objetivo do texto que se segue, mesmo naquilo que ele carrega de esboço, é trilhar uma pequena margem da história do direito, buscando nas contingências do direito do trabalho, vistas numa perspectiva que parte do processo judicial, a justificativa para a reflexão sobre a história e as fontes históricas na essencialidade do conhecimento jurídico. O objetivo seria incentivar a ida pela trilha pouco usada ou pouco vista da facticidade que se tece em torno das formas-padrão de expressão do direito.

Para sintetizar os propósitos, na especificidade da escolha ora definida, faz-se uma pergunta: Se, daqui a 200 anos, historiadores se debruçarem sobre a história do direito do trabalho dos dias de hoje, no Brasil, será que conseguirão

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora associada da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em filosofia do direito.

¹ VEYNE, 1982, p. 30.

² No fundo desta afirmação e de outras está Gadamer, especialmente no tema da posição do intérprete que descortina a história. É certo que há formas diversas de ver como a questão se apresenta, mas a hermenêutica é sempre um bom caminho entre os vários itinerários: cf. GADAMER, 2003.

³ VEYNE, *op. cit.*, p. 30.

decifrar desdobramentos vividos a partir dos institutos jurídicos em cada ofício ou ficarão paralisados no congelamento dogmático imposto pelos processos, pela lei e pela doutrina?

Outras perguntas são devidas, já que fazê-las é marca do interesse em adentrar espaços importantes e pouco percorridos. Mas, ao se anunciar o propósito com a pergunta genérica, já se corre o risco de ser excessivamente pretensioso na busca de certezas num campo aberto e cheio de entevias. Há, porém, um clamor personalíssimo que justifica o desejo de dizer e que o contamina de reconhecido subjetivismo. Nesse caso específico, em que o texto se anuncia pela manufatura de uma autora determinada, no horizonte sempre circunstancial de sua experiência, a razão está na frustração de saber, pela observação cotidiana, sobre o muito da dinâmica de cada instituto jurídico-trabalhista que se perde dada a dificuldade de intelecção de seus desvãos no corriqueiro do uso e dos desvios que ocorrem na assimilação ou aplicação da norma reguladora. E daí vem a convicção de que o muito a conhecer se espalha pelos meandros dos interesses que o direito alcança ou é sempre impelido a alcançar. Isso chega aos institutos jurídicos - expressão tomada aqui quase como economia para a complexidade⁴ - cujos limites conceituais puros se esboroam na fusão aos fatores móveis da experiência relacional humana.

No sem sentido que isso possa representar, a ideia seria a personificação da fonte histórica como se, por uma força inesperada, quase magia, ela pudesse literalmente falar sobre o que os registros devessem fixar na memória em relação aos institutos jurídicos. Numa fantasia da história, é como se a fonte falasse sobre suas expectativas de recuperação, no futuro, de um passado enquanto presente.

A temática, assim posta, resolve-se na crônica potencial que carrega os institutos jurídicos no cotidiano e está sempre além do texto da lei e, mesmo, do texto da decisão. A tentativa, já exposta em outras oportunidades⁵, parte do surpreendente que se dá na escala analógica da aplicação do direito ou de sua assimilação espontânea. O processo, de índole flagrantemente interdisciplinar, implica a extensão vital de saberes distintos de que o juiz não prescinde para decidir e de que o legislador não prescinde para fazer leis, os quais aportam dialeticamente na transformação do direito como fato vivenciado (mesmo na sua disfuncionalidade). A transformação, que, muitas vezes e incomodamente, se dá no indesejado, perde-se no quanto se apropria do direito como objeto de conhecimento. Quando essa experiência miúda se torna invisível, ela pode deixar de fazer história, permanecendo como não acontecimento, ou seja, como ponto distante dos itinerários que se tomam usualmente para escrever a história do direito e para expô-la como situação que deambula na formação do que o direito ontologicamente é, ou melhor, vai sendo. Trata-se da vida cotidiana em que o corriqueiro envolve a lei e se entrama recompondo cada instituto jurídico a partir de um certo modo como é concretamente (des)usado. A irrelevância que é atribuída a esta conjuntura real constitui a face mais perversa da insuficiência dos meios de conhecer o direito, principalmente porque é nesses percursos do inesperado que está o enredo mais viçoso de sua história.

⁴ Assim, entende-se por instituto jurídico uma faixa de interesse humano regulado de forma mais ou menos abrangente, inclusive com a possibilidade de agregar esferas distintas de normatividade.

⁵ Cf. LOPES, 2010; LOPES, 2013.

Quem dirá que um juiz do trabalho deva entender o processo de cultivo de uma vespinha (*Cotesia flavipes*) que é lançada no canavial para a prevenção, bastante exitosa, da broca?⁶ Conhecer essa realidade do trabalho de alguém e analisar como os institutos de direito do trabalho (jornada, salário, proteção da saúde) se adaptam a ela constituem elemento na formação contingencial (e histórica) do direito em ação. Há um saber sobre esse processo analógico do encontro dos fatos com as normas que funda os roteiros da dinâmica jurídica e que faz a história (e a historiografia) do direito, suporte fundamental na epistemologia jurídica, como método e como substância do saber sobre o direito vivenciado.⁷

Na composição dos fenômenos jurídicos, há sempre o percurso do intérprete (seja ele o legislador, o juiz, o advogado, o pesquisador) a estabelecer como a regra jurídica pode-deve alcançar a esfera móvel do vivido enquanto vivenciado. Não há lugar para o congelamento na estática da abstração. O centro de interesse do direito em ação está na dinâmica que se revela em historicidade. Não é por outra razão que os métodos da história terão sempre lugar de destaque na raiz epistemológica do direito já que ele só pode ser conhecido na fusão diferida e constante de tempo e de espaço.

E não se trata apenas do fato vivido ou do conflito de qualquer natureza que se estabeleça entre as pessoas. Para cada instituto jurídico (inclusive os de natureza trabalhista) há uma enormidade de contingências que decorrem do fluir do tempo e que o amoldam numa perspectiva que não foi prevista ou pensada, mas que é relevante para entender como ele se conforma na sedimentação das camadas que se vão agregando ao corpo nu da normatividade como forma.

Num artigo breve em que discute o papel da história do direito e da justiça na contraposição à história geral, Koselleck fala dos diferentes ritmos do tempo do direito que cabe historicizar, enfatizando a reivindicação de perdurabilidade e de repetibilidade, característica da especificidade do jurídico. Permanência-repetição e mudança são sinais de consolidação de direitos e de necessidades que fazem correspondência com a história geral.⁸ A exegese das fontes, que ele qualifica como “imanente à história do direito”⁹, leva-o a falar da tensão entre permanência e mudança:

Toda polêmica histórica sobre a interpretação de normas jurídicas feitas para perdurar nos remete a desafios que antecedem o direito ou que, não abarcados por ele, exigem uma resposta nova. Toda determinação da diferença entre o que é e o que deve ser suscita a pergunta sobre fatores pré ou extrajurídicos que condicionam essa diferença. Quando uma antiga transgressão se transforma em um novo direito [...] predomina a necessidade de adaptação extrajurídica por motivos sociais ou políticos, e a pressão desses motivos pode gerar uma nova qualidade jurídica.¹⁰

O texto prossegue com a pulsão das necessidades e das forças políticas para a criação de novos conteúdos de justiça.¹¹ Na observação de como se dá

⁶ Cf. autos n. 00118-2010-157-03-0-00-0-RO, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (www.trt3.jus.br. Acesso em 18/12/2014).

⁷ Sobre o papel da analogia no direito, cf., sempre, KAUFMANN, 1976.

⁸ KOSELLECK, Reinhart. História, direito e justiça. In: KOSELLECK, 2014, p. 332.

⁹ *Op. cit.*, p. 330.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 330.

¹¹ *Op. cit.*, p. 330.

a perdurabilidade na história do direito, pode-se ousar dizer que a mudança não ocorre apenas quando um elemento extrajurídico impulsiona uma alteração no *status* da regulação de determinada área de interesse humano. A nova qualidade jurídica dá-se pelo uso jurídico do instituto ou do conjunto de normas, por razões que decorrem de sua natureza e de especificidades de sua incidência e/ou aplicação. No paradoxo, o fator externo pode ser o modo como as circunstâncias fáticas, relevantes naquele núcleo de interesses, vão atuando em várias esferas de argumentação e/ou de assimilação e contribuindo para a transformação de um instituto jurídico numa escala diversa daquela originariamente prevista e, mesmo, da imagem que dele se constrói no âmbito da teoria do direito.

Pode-se partir de um exemplo que avulta nas salas de audiência.

Todos os juízes do trabalho, em Minas Gerais, testemunham o aumento significativo do volume de pedidos de rescisão indireta do contrato de trabalho. Pretensão que era raríssima há 20 anos, é hoje contumaz, vindo em mais de 1/3 das pautas diárias. Não se pode ser ingênuo e imaginar que a única causa seja uma súbita consciência dos empregados na negação aos maus tratos dos empregadores ou um recrudescimento do descumprimento das regras pelos empregadores, sem considerar dois fatores essenciais: de um lado, o desejo dos empregados de receber seguro-desemprego e FGTS com 40%, que não lhes seria devido na hipótese de demissão e, de outro lado, a pressão do mercado de trabalho da advocacia, fomentado pelo aumento exacerbado do volume de faculdades de direito e de pessoas a disputar as causas e o percentual de proveito sobre elas.

É difícil falar do tema sem esbarrar em susceptibilidades. No entanto, esconder os fatos leva à sensação de desamparo e de desestímulo que hoje decorre, em grande medida, do paradoxo entre um direito do trabalho de principiologia nobre e uma prática em que se vivencia a simulação e uma miuçalha de demandas muito repetitivas e, em alguns casos, insinceras nos seus propósitos. Não se pode correr o risco da hipocrisia epistemológica que é pasteurizar a realidade jurídica fazendo de tudo um mesmo que nem de longe absorve a história do direito em sua mobilidade espalhada no fluxo dialético do encontro entre norma e fato.

Um historiador do futuro, a buscar vetores para entender a miscelânea do direito do trabalho, talvez não chegue a considerar como fonte o jornal popular vendido a R\$ 0,35. Mas se, por um dos acasos da sorte, lhe cair em mãos uma edição qualquer, como a do dia 27/1/2015, do jornal *Super Notícias*, de Belo Horizonte, ele talvez fique intrigado com o teor dos anúncios de oferta de serviços de advogados. Esse historiador imaginário conhecerá o teor do art. 483 da CLT, mas ele perceberá um paradoxo: ainda que todos os anúncios incentivem os empregados a procurar os advogados para pedir rescisão indireta, inclusive com o uso explícito dessa expressão que tecnicamente designa o instituto, nenhum deles se refere ao pressuposto para a incidência do dispositivo que é o cometimento de falta grave pela empresa entre as tipificadas nos incisos do citado artigo. A ideia que exala dos anúncios é a da presunção de prática de falta grave ou, pior, a de que há um direito inato de o empregado receber as verbas rescisórias (FGTS e seguro-desemprego, especialmente) por seu querer. Essa conclusão vem da interpretação do que há neles de literal. “RESCISÃO INDIRETA, não peça conta. Saia da empresa com todos os seus direitos”, diz um dos anúncios. “Quer sair da empresa com todos os seus direitos? Saiba como”, diz o outro. E há até um *slogan*, cuja rima sintetiza a

questão: “NÃO PEÇA DEMISSÃO ENTRE COM RECISÃO: c/ a rescisão indireta você recebe todas as suas verbas rescisórias”¹² - *verbis*.

Pode-se dizer que isso não tem relevância para uma teoria do direito, por dizer respeito à sociologia do direito ou do trabalho. Pode-se dizer que isso não interessa à história do direito. Não é verdade. A destinação do direito para a prática, para a aplicação faz com que todos os entraves a ele inerentes sejam relevantes na compreensão de sua história e na assimilação dos fatores que interferem diretamente nos órgãos encarregados formalmente de sua aplicação. O volume de pedidos de rescisão indireta gera desdobramentos significativos na atuação dos juizes, na aplicação dos institutos da rescisão contratual, do FGTS e do seguro-desemprego.

Se o historiador-do-futuro for curioso como devem ser os historiadores de todos os tempos e se ele buscar outras informações sobre as verbas devidas em razão da rescisão indireta, pode ser que ele tenha acesso à notícia que seguiu à manchete do *site* Contas abertas em 11/4/2014: “Número de desempregados cai, mas pagamento de seguro-desemprego ainda é recorde.”¹³ Ele pode querer, então, averiguar, tomando um caminho que não é usualmente percorrido hoje, se há algum nexos entre os dois sintomas (o do aumento do volume de rescisões indiretas e o do aumento dos pedidos de seguro-desemprego em tempos de significativa oferta de emprego).

Não há um livro ou manual jurídico que contenha a receita: para levantar o FGTS e receber o seguro-desemprego, quando o empregado deseje apenas sair da empresa, deve-se propor a ação pedindo rescisão indireta e tentar o acordo. Não há interesse em tratar, como aspecto jurídico que é, o desvio do sentido primeiro da rescisão indireta. Esse estratagemma, cunhado na perspectiva da possibilidade de conciliação, ganhou tónus em meio a várias circunstâncias que incluem, como hipóteses, a carga do historiador ideal, cuja confirmação é verossímil, os salários baixos; os níveis altos de oferta de emprego por certo tempo a tornar mais segura a mobilidade dos empregados; a formação insipiente dos trabalhadores no Brasil (o que não os habilita para posições mais estáveis pela demanda técnica); a pouca valorização (inclusive do ponto de vista remuneratório) das posições técnicas intermediárias; a possibilidade de receber o seguro-desemprego e o FGTS e de, por algum tempo, ter outra atividade informal de sua preferência; a pressão, já mencionada, do mercado da advocacia, que se pulveriza no volume elevado de oferta de profissionais.

Distinguir, no volume das situações, aquelas em que essa simulação se configura e aquelas em que há a veracidade do pedido é experiência que passa longe dos interesses da teoria do direito, mas que, todos os dias, expõe-se na rotina de advogados e de juizes do trabalho como renovação de mais do mesmo.

Essa busca da história das partes, que se conhece a partir dos limites da lide, leva comparação corriqueira do juiz com o historiador¹⁴, porque ele olha o passado e procura recuperá-lo no presente a partir de fontes probatórias ou indiciárias, a

¹² Todos os trechos foram extraídos na sua literalidade, inclusive a grafia errada de *rescisão*, das p. 7-8 do jornal Super Notícias, do dia 27/1/2015.

¹³ Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8253#sthash.81zaExOl.dpuf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

¹⁴ Cf. LOPES, 1993.

que dá o tratamento argumentativo na fundamentação da sentença, onde justifica o modo como compreendeu os sinais que interpretou a fim de reproduzir as relações que deve analisar na perspectiva jurídica. O juiz é um historiador que julga e, mais, que escreve a história que vai julgar. Carnelutti acentuou os aspectos essenciais:

O juiz é um historiador mas não apenas um historiador. Se em um primeiro momento não faz mais do que historiografia, em um segundo momento faz história, na medida em que, após haver julgado, sua decisão se converte em ação.¹⁵

O fazer historiográfico do juiz que estabelece um roteiro-itinerário para os fatos controversos converte-se num fazer devido do direito que reside na definição de procedência ou de improcedência do pleito e nas consequências que se ligam à execução forçada. Sob essa perspectiva, a decisão é uma ação do juiz na história. O aspecto a ressaltar é o muito que escapa da composição dos institutos jurídicos como experiência diferida no tempo, ainda que na perspectiva da frustração de sua teleologia. Os juízes sabem que o aumento no volume de ações pedindo a rescisão indireta tem causas que ultrapassam o que se poderia chamar de conteúdo formal de juridicidade. Eles falam sobre isso nos seus encontros no café. Eles se queixam disso nas secretarias e nos corredores. Eles alertam as partes e os advogados que não ignoram os sinais enquanto tentam a conciliação. Mas eles não passam desta expansão de saber na língua da oralidade que se perde no vento dos dias. O texto da decisão é alimpado da consciência dos desvãos do direito em concreto que não fazem e não são coisa julgada.

Hespanha ressalta a necessidade de compreensão do direito do cotidiano.¹⁶ Numa palestra, a exemplificar este lado abscôndito do direito e de sua história, ele deu como exemplo a reação dos consumidores aos caixas eletrônicos que não funcionam. Há variadas respostas a este fato corriqueiro, que pode trazer momentâneo prejuízo a alguém que tem uma expectativa legítima de acessar os serviços e não consegue fazê-lo. O volume de pessoas que pedirão reparação por esses danos é insignificante, mas essa circunstância, em sua cotidianidade, diz algo sobre o direito como acontecimento. Os direitos vão se resolvendo de variadas maneiras, a maior parte delas imprevisas pelos padrões formalmente previstos.

Há, assim, a necessidade de consideração da contrapartida do direito no cotidiano e do cotidiano do direito.

É disso que se fala quando se faz o registro da necessidade de se colocar francamente as perguntas sobre o porquê desse recrudescimento do volume de rescisões indiretas a se lançar até mesmo nos pequenos anúncios do jornal popular. A rescisão indireta não é apenas o que se prevê no art. 483 da CLT. O tempo instilou camadas no instituto que devem ser desvendadas porque intervêm na composição do direito.

Essa situação comprova que o cotidiano forma, informa ou conforma as relações de trabalho e o direito. Há uma história na(s) decisão(ões), mas há, sobretudo, a história subjacente, inclusive de base oral, que não é contabilizada no caso. E dentro dela a história dos pluralismos das fontes e também do pluralismo ou da complexidade na absorção do próprio enquadramento da norma jurídica nos seus vários itinerários.

¹⁵ CARNELUTTI, 1955, p. 474.

¹⁶ Cf. HESPANHA, 2005, p. 492-497.

A história de um percurso normativo transita entre relevâncias e irrelevâncias no que se considera o direito, a epistemologia jurídica¹⁷ e, *last but not least*, a história do direito.¹⁸

Essa *everyday life* dos fenômenos jurídicos, perceptível nos processos e principalmente em circunstâncias que os tangenciam, parece não interessar ao fazer teórico do direito.

Um juiz relata, em profunda desesperança, que não tem onde expor e refletir sobre as impressões do cotidiano que percorrem os corredores da Justiça do Trabalho e que são do conhecimento de todos. Na sala de audiências, em meio às formalidades do percurso de decidir, de dizer quem tem razão, o juiz não pode tratar do jornal, não pode tratar do que ele sabe que é uma artimanha para fazer fluir o recebimento do FGTS e do seguro-desemprego e o percentual correspondente de honorários. Ele sabe também que cada caso é um e que não pode tomar todos eles por um pedido de demissão mitigado. Essa realidade que chega alimpada aos tribunais e outras de mesma espécie não são contabilizadas como fatores da essência concreta do direito. É pouco provável, portanto, que ela faça história. Mas existe, ocorre. É percurso a ser enfrentado. Tem relevância. No entanto pode não ser descoberta pelo historiador do futuro, se ele não se embrenhar pelas fontes mais improváveis (jornais, atas e pautas de audiência, relatos orais recuperados sabe-se lá de que obscuras caixas pretas).

Essa contingência residual, a fomentar uma passagem colateral do direito do trabalho (aquela que se refere à rescisão do contrato de trabalho), intervém no marco normativo e revela a relação jurídica como vetor da mutabilidade do direito que se supõe perene em sua constituição conceitual. A mesma coisa (a rescisão) desdobra-se em vários modos de ser, passando por caminhos que não foram imaginados no momento de sua tessitura normativa com a edição da CLT em 1943 ou do FGTS em 1966 ou do seguro-desemprego em 1990. É fácil encontrar na teoria jurídica a defesa (devida) da estabilidade no emprego. Mas esse desejo de manutenção do vínculo já se encontra hoje conjugado com o desejo de consumir usando os depósitos do FGTS. Sobre essa tensão real no processo da empregabilidade fala-se pouco em relação à grandeza da questão. Porque é algo que extrapola a letra da lei e vai fomentando um costume de arriscar o pleito que pode dar ao empregado, que deseja sair da empresa, verbas que ele normalmente não receberia.

Há uma cultura que se forma inicialmente com o pedido para ser mandado embora, que envolve a aquiescência do empregador com a liberação das verbas rescisórias, participando da simulação da dispensa sem justa causa. Quando não se consegue a solução do impasse diretamente na empresa, tenta-se o pedido de rescisão indireta e a busca do acordo judicial que não discutirá o mérito das questões, levando em conta a plausibilidade do sucesso a partir dos riscos potenciais da instrução e da interpretação que levam à decisão judicial.

Discutir esses sintomas rotineiros significa frustrar a concepção rígida (dogmática) de que o princípio da continuidade da relação de trabalho encontra-se instalado na alma do trabalhador e de seu advogado. Pode ser verdade e pode não

¹⁷ Está-se evitando o uso da expressão ciência do direito à vista do que ela traz de ambiguidade na discussão de conteúdo.

¹⁸ Para uma visão clara disso, cf. FONSECA, 2011.

ser. Mas é assim que a história se move e deve haver um jeito de escrevê-la como tal na mistura dos caminhos pelos quais se passa todos os dias.

A rescisão indireta deixou de ser a rescisão indireta da origem e se perdeu na constatação de que ninguém quer realmente falar sobre isso. A frustração dos juízes percorre as pautas cheias de pedidos que podem conter, misturados com as pretensões legítimas, a simulação do pleito ao reconhecimento da falta grave do empregador para não ter importância e não constituir um dado importante da história de um determinado instituto.

Dentro da mesma tônica, haverá em torno de cada instituto, de cada faceta reguladora, um volume considerável de desdobramentos a compor uma realidade cotidiana de difícil detecção pelo difuso das fontes históricas. O direito, portanto, escapa àquilo que se coloca formalmente como parte dele e se desdobra nas filigranas de uma história minúscula da rotina de sua prática que pode levar à compreensão do que ele é ontologicamente na sua instabilidade, na sua imprevisão, na mescla que vai sendo formada pelas várias formas de sua assimilação nos tempos e nos espaços.

A história mínima, na sua (in)significância, faz o traçado essencial da dinâmica do direito no cotidiano. É nela que se podem ver as dores do direito, os veios de sua concretude. A questão de sempre é definir a razão pela qual isso não interessa ao que se poderia chamar de uma ciência do direito, se interfere tanto nos percursos de sua (in)efetividade. É como se fosse o lado dolorido do direito, de uma dor que ninguém quer realmente sentir. Uma dor sobre a qual não se quer falar. Mas que se alastra na história que pode não encontrar as fontes para recuperá-la.

Na carta de pais que sobreviveram aos filhos, mortos no acidente de avião, há um longo agradecimento pelo apoio de todos e um pedido por privacidade lançado numa frase curta: “A dor não é uma história.”¹⁹ O texto contém a súplica por privacidade ou pela não transformação do sofrimento em notícia. Não falem da nossa dor. não a joguem de novo na nossa cara, é a mensagem final desses pais dilacerados pela perda dos filhos.

Quando se fala no direito, a dor ou a ruptura posta pelo conflito e pelas soluções buscadas (alcançadas ou não) é necessariamente o entrecruzar de itinerários realizados, numa etapa já posterior à potencialidade da lei como texto e dos princípios como ideia-valor. A história do direito é feita de dores sobre as quais devemos falar, apesar de nem sempre quisermos falar sobre elas. São muitas e se escondem nas sombras de cada instituto jurídico e da realidade dos fatos que captam. Por isso, mesmo que os personagens ou partícipes clamem por isolamento, está ali, fundada no conflito, uma parte do lancinante da história.

E quando a dor, a ruptura trazida pela exposição à realidade se transporta ao conflito do trabalho no cotidiano: será possível rejeitá-la e buscar um isolamento pela frustração das expectativas em torno do absoluto que ela revela?

Por conflito, aqui, se entende algo que vai além do dissenso entre as partes, abrangendo as sinuosidades ou os ruídos que destoam no processo de aplicação e de assimilação espontânea do direito. São complicadores da versão abstrata do direito, como potência, sobre os quais se fala muito menos do que seria necessário.

A teoria do direito costuma mandar mensagens de reclusão semelhantes às dos pais sofridos quando limita o que seja direito, quando exclui o cotidiano (às

¹⁹ Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Curiosidades/noticia/2014/07/casal-perde-os-tres-filhos-no-voo-mh17.html>>. Acesso em: 21 set. 2014.

vezes, penumbroso) dos institutos jurídicos da margem do que é história do direito. Não se trata de um fato isolado que se transformasse absolutamente no ser total do direito, mas de um emaranhado que deveria atrair a curiosidade inerente no (re)conhecimento do que se passou (do passado) e que isto representa para o entendimento dos vários tempos ocorridos e correntes. No que concerne ao direito, a dor fundamental, a que faz história, não está apenas no conflito, mas também no modo dilacerante como se dá a sua incidência, que pode mesmo ser a antítese de todas as expectativas criadas em torno dele e do sistema jurídico ou pode ser simplesmente algo mais arestoso do que a imagem que dele se compõe.

No movimento de concreção do direito, pela construção argumentativa no processo, juízes, advogados, procuradores do trabalho e servidores não experimentam apenas a síntese condensada na decisão. A seleção do que tem relevância para a solução do caso passa pela dialética do conhecimento de circunstâncias periféricas que, sem interferir na questão posta, permitem a compreensão de faces da realidade jurídica que não pode escapar na composição da teoria (ou da ciência) do direito.

Elas atuam, grandemente, na eloquência do processo de construção da solução negociação. Nos corredores das casas legislativas, ao redor da mesa da sala de audiências, os argumentos vão sempre além da pureza do conceito jurídico. Eles alcançam, mesmo que subliminarmente, no entrecruzar de corpos, vozes e olhares, toda uma extensão de acontecimentos e de experiências que ultrapassa a margem linear que forma o instituto jurídico. Na recapitulação de sua vida, cabe mais do que a busca que informou as perspectivas de Savigny ou de Puchta, compositores da raiz da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos²⁰, ambos focados numa história residualmente interna dos institutos e dos conceitos, respectivamente, como se fosse possível uma observação e compreensão apenas textual do cotidiano do direito.

Por isso cabe sentir essa dor que faz história e deixar exposta a questão fundamental: Onde é o lugar em que se descreverá essa história?

Ou mais adiante: Como recuperá-la na tradição fundamentalmente oral em que desagua a escrita normativa pela qual se traduzem os fenômenos jurídicos típicos?

Na introdução de seu *Crime e cotidiano*, Boris Fausto expressa como fazer história usando como fonte processos judiciais. Para ele, não interessam necessariamente os grandes crimes, mas os banais, exatamente porque se imiscuem no cotidiano e porque permitem acesso ao que seria uma regularidade, centrada precisamente nesse percurso pelo rotineiro, pelo normal, pelo recorrente.²¹ Ao resumir sua sensação do exame dessas fontes, ele afirma:

Não sei se conseguirei transmitir ao leitor um pouco do impacto produzido pelo contato com milhares de processos penais. As hipóteses prévias são arrastadas por uma enxurrada emotiva, nesse contato com coágulos de sentimentos, tensões, relações humanas - vestígios esparsos de um tecido de vida aparentemente desdenhável para o recorte dos fatos que merecem ter lugar no repositório da História. [...]

Além disso, ao tentar introduzir uma ordem nos documentos acabamos por perceber

²⁰ Para esse tema, seria necessária uma digressão que não cabe neste texto. Sugere-se, consciente da insuficiência, LARENZ, 1989, p. 10-26.

²¹ FAUSTO, 2001, p. 38-39.

que eles próprios são em grande medida obra de ficção, aberta à imaginação de quem os lê. Seu sopro vital nos acompanha ao longo de todo esforço racionalizador.²²

Tudo isso está na base do que se pretendeu nesse pequeno estudo, preparado inicialmente para fala, e que vem carregado da subjetividade da intérprete-autora, que é também, a seu modo, personagem dos processos a viver e a escrever a ficção da vida de alguém. A sensação de encarnar o processo do trabalho na profusão, na dialética da enxurrada, que carrega pedaços, quando se é levado a ela pelo exercício da função de julgar, permite o encontro de uma realidade subjacente que parece desdenhável do ponto de vista da teoria do direito, sempre mais exposta à necessidade de abstração.

A história do direito (do trabalho), porém, se espalha no fluxo dos processos, não pelo peso das decisões, não pela importância delas, não porque, tecnicamente, elas denotam o resultado da aplicação da lei ao caso. Como se fossem parte dele e das relações humanas que se coagulam no texto da vida.

A complexidade das contingências, às vezes periféricas, permite conhecer como um determinado instituto jurídico, neste caso qualquer um daqueles que incide nas passadas da relação jurídica de emprego, atua e gera efeitos na sua vivência concreta.

A possibilidade de tematização é significativa e abrange todas, literalmente todas, as passadas da vida do trabalhador enquanto empregado. Para cada uma, há a dose entre o conhecido e o cognoscível, entre o que é valorizado e o que é desdenhado no alimpenamento da seleção de relevância teórica e histórica.

Se se toma, por exemplo, o sindicalismo, a observação pode ir no tangente das disputas pelos cargos de direção até a especificidade da tradição negociadora de cada categoria em sua base territorial. Não há como generalizar o sindicalismo brasileiro a partir de uma história de longa duração, baseada na facticidade grandiosa, que reprisa a imagem abstrata que se faz dele pela evolução legislativa. No entanto, há perguntas a serem feitas: Por que há sindicatos dirigidos pela mesma pessoa ou pelos mesmos grupos há décadas? Será que o Estado se afastou mesmo da regulação dos sindicatos ou ele continua interferindo na dependência econômica e no controle externo sobre os limites de negociação? Considerando a pulverização de subcategorias e baixa participação dos empregados, como vivenciar uma alteração da unicidade para o pluralismo? Por que é tão difícil a greve em certas categorias? Por que ela é mais fácil hoje naquelas ligadas ao serviço público? O que significa a baixa adesão dos empregados aos sindicatos? Que peso tem nisso o controle imposto pelo Poder Judiciário no teor das normas coletivas? Será que eles participariam mais se tivessem, eles próprios, que lutar para mudar o teor da norma coletiva subsequente?

O mesmo se aplica à jornada de trabalho nos desdobramentos de seus vários institutos e situações e, muito especialmente, no detalhamento daquilo que se pode negociar coletivamente em torno dela.

A constatação de que a origem do direito do trabalho está na tensão entre o tempo destinado ao trabalho (ao empregador) e ao ócio (a si próprio) pode ser suficiente para a certeza de que há mais em jogo do que o estabelecimento do limite de oito horas por dia e/ou de quarenta e quatro horas por semana, com intervalo de uma hora intrajornada e de onze horas entre duas jornadas.

²² FAUSTO, 2001, p. 38-39.

Os regimes especiais contam a história de determinados ofícios e revelam o tempo em anacronismo e em demandas que escancaram a impossibilidade de prever num absoluto para o futuro.

Os bancários de jornada de seis horas de ontem não são os mesmos de hoje. O regime de turnos ininterruptos de revezamento vai ampliando seu escopo para além do que previu a Constituição de 1988. A jornada 12 x 36 é vivenciada nos hospitais e nas atividades de vigilância e portaria. Há categorias que se sujeitam a uma escala de horários absolutamente imprevisível.

A contingência interfere no modo como o trabalho se desenvolve nos variados ofícios, afetada pelas alterações no mundo da vida, da cultura, da tecnologia, para ir além do simples fator econômico.²³ O tempo em 1943 é diferente do tempo em 2015 até pelo assentamento da interpretação consolidada.²⁴ Os relógios marcam o fluir da vida de um modo diverso lá e cá.

A jornada e o tempo, que não podiam ser fiscalizados à distância dos olhos, podem hoje ser dominados com controle intenso por meio de satélite e de outros equipamentos. O motorista que faz várias viagens para carregar e descarregar brita é diferente do motorista-vendedor que distribui bebidas, que por sua vez é diferente do instalador que atende as empresas de telefonia ou de televisão a cabo. Para cada um deles, há uma forma diferente e inovadora de controle: o telefone público, o rastreador, o *palm top*, o *notebook*, o celular, o volume de ordens de serviços controladas pelos clientes. Um caminhão que se desvia da rota pode ser parado por um comando, o que significa que todo o tempo em que o motorista o estiver conduzindo será de pleno conhecimento de alguém que sabe mais do que a mecânica que soluciona a equação entre a distância a percorrer e a velocidade média expectada. Quando João pega a estrada para São Paulo com seu caminhão, a empresa sabe quanto tempo ele vai demorar. A empresa sabe da história daquela atividade e do costume que se forma. Sabe das condições da estrada. Mas, além disso, a tecnologia permite que ela acompanhe o movimento do veículo. A história do direito do trabalho, portanto, na contingência de cada profissão, guarda, escondida dentro de espaços aos quais se atribui importância nenhuma, o resíduo das mudanças que atingem os modos de ser da relação entre o empregado e o empregador na peculiaridade de cada atividade situada temporalmente.

Na miscelânea dos dias, os processos carregam essa história de diversidade e a recompõem sob o signo da tensão e da complexidade que escapa de qualquer tentativa de generalização. Não há grandiloquência nesses detalhes que deveriam ser tão substancialmente absorvidos pela teoria do direito na singela constatação de que fazem a realidade vivenciada em concreção e de algum modo se disponibilizam para a história que o direito tece e para a historiografia que dele se entramará.

²³ Um dos exemplos mais interessantes disso é, sem dúvida, o art. 62 da CLT. Sobre aquilo em que ele vem se transformando na história, cf. LOPES, 2012.

²⁴ Uma discussão ampla seria devida sobre os efeitos do item I da Súmula n. 437 do TST. Seria que o aumento dos pedidos de horas extras por intervalo intrajornada não gozados seria tão expressivo se não se tivesse fixado o entendimento de ser devida a hora inteira e não o tempo residual devido? Será que essa monetarização no direito do trabalho contribui para a fetividade do gozo de direitos?

Para demonstrar isso, foi pedido a um aluno²⁵, ainda no início do curso, que percorresse os manuais de direito e alguns artigos jurídicos versando um tema minúsculo: o vale-transporte. Pediu-se-lhe que anotasse suas impressões mais imediatas sobre o tema ínfimo que ele nunca havia estudado.

O primeiro aspecto percebido foi a discussão em torno do ônus de prova. Ele verificou que se debate quem deve provar o direito ao vale-transporte. Alice Monteiro de Barros, ao contrário de Vólia Bomfim Cassar²⁶, apenas reconhece a inversão do ônus da prova quanto à indicação correta do endereço e informações pessoais do empregado ao empregador, ou seja, o último deve conferir as informações, não o primeiro.

A ideia de distribuição do ônus de prova é das mais interessantes quando se compara o juiz com o historiador e ela afirma uma distinção fundamental entre eles. Ao contrário do historiador, que pode dizer não-sei, o juiz deve saber sempre. E quando não sabe pode usar o artifício de estabelecer quem deveria fazer a prova, definindo uma história contra os interesses dessa parte.

Nos processos, a questão não é apenas quem tinha que provar, mas a constatação de uma fragilidade que transita pela desorganização (voluntária ou não) das empresas que não cuidam de juntar o documento que consigna a opção do empregado pelo vale-transporte ou a sua declaração de que dele se utilizará. Há, ainda, um elemento facilitador que surge com as modernas tecnologias. Até pouco tempo atrás, o juiz estava nas mãos da prova testemunhal para definir a distância da casa do empregado em relação ao estabelecimento da empresa. Com dado notório que são os *google maps* e congêneres, ele pode conhecer o terreno e discernir se é razoável imaginar que o empregado possa ter optado por ir a pé ao trabalho e não usar o vale-transporte.

Vólia Bomfim problematiza mais a questão.²⁷ Ela cita posições divergentes e reflexões próprias sobre a lei na visão do aluno. Debate a contribuição do empregado (6%) no vale-transporte; se o benefício pode ser pago em dinheiro, e daí os problemas relacionados a integrar ou não o salário, e se pode ser contado para a previdência, bem como tributado pela Receita Federal. Também questiona se o uso inadequado do vale identifica-se como falta grave, passível de ser considerada justa causa em rompimento de contrato de trabalho. Essa situação radica-se no costume já sedimentado em relação ao vale-transporte, que deixou de ser apenas o benefício pago pelo empregador: ele constitui um meio de pagamento à vista. É comum perceber o volume de empregados da construção civil que desce para o centro da cidade às 17h de segunda a quinta-feira e às 16h da sexta-feira. Pode ser que o empregador tenha sonogado a entrega do que seria necessário. Mas há outras hipóteses plausíveis: pode ser que os empregados tenham dado a ele uma utilidade outra ou pode ser que eles tenham declinado um percurso menor para ter um desconto menor. Isso outorga ao vale-transporte um sentido que é diverso do que o traçado pela discussão, proposta entre outros por Mauricio Godinho, entre a natureza jurídica do vale-transporte transitando entre remuneração não salarial e verba indenizatória.²⁸

²⁵ Esse misto de aluno e cobaia é Breno Barbosa de Oliveira, então no 3º período, no curso de seus estudos de iniciação científica.

²⁶ Cf. BARROS, 2009, p. 757-759 e CASSAR, 2007, p. 775-777.

²⁷ CASSAR, 2007, p. 775-777.

²⁸ DELGADO, 2005, p. 698.

O jovem aluno constatou que as questões abordadas, em regra, são a dessa natureza não salarial do vale-transporte, a da distribuição do ônus da prova quanto à indicação do endereço e informações pessoais, a da (im)possibilidade do pagamento das despesas de transporte em dinheiro e a possibilidade de substituição por outra modalidade de transporte coletivo próprio da empresa.²⁹

Há artigos em revistas que reprisam as questões postas nos manuais.³⁰ Ele verificou que certas decisões são repetidas em vários textos. Seria de se esperar que o tratamento das revistas revirasse questões da vivência do vale-transporte e, pela maior proximidade no tempo, enfocasse esse manancial das contingências.

As perguntas formuladas pelo estudante de direito, curioso em sua recente inserção no universo do direito, abrem-se para a percepção (quase intuição) do invisível na história do instituto (pequeno) do vale-transporte:

O que é meio de transporte coletivo “adequado” e “próprio” quando executado pela empresa? Há um limite ou vigilância eletrônica feita pelo empregador dos usos feitos do Vale pelo empregado?

E quando a empresa paga o valor gasto mas não adquire o vale-transporte?

Qual é a situação dos empregados que possuem veículo próprio ou os que usam veículo da empresa, para uso exclusivo em serviço, mesmo que em fins de semana?³¹

Talvez o aspecto histórico primeiro a se perder seja exatamente aquele que pode levar à intelecção dos pormenores vivenciados nos itinerários do vale-transporte como instituto jurídico.

A justificativa de existência dele apanha fatos bastante característicos (e problemáticos) do direito do trabalho brasileiro, que podem ser consolidados na constatação do volume de benefícios específicos que cabe ao empregador pagar ao empregado para além do que seriam os pontos principais de tutela (salário, controle do tempo à disposição do empregador, salubridade, segurança no estabelecimento de trabalho, garantia de manutenção do vínculo).

Isso era, certamente, uma questão em 1985, quando foi sancionada a Lei n. 7.418, e a ela se associava a inflação e a inviabilidade de uso do salário mínimo como cláusula móvel de contratos e obrigações de outra natureza que não a trabalhista típica. Assim, o aumento das passagens de ônibus criava, junto com outros fatores, um círculo vicioso para atingir não apenas o valor repassado ao empregado mas todos os contratos insuflando a vertente inflacionária ainda mais.

A solução de destacar o valor gasto para ir e vir do trabalho, atribuindo-lhe feição indenizatória, para o empregado mais mal remunerado (aqueles que gastavam mais de 6% de seu salário com transporte para o trabalho) buscou também excluir a verba dos reflexos em contribuição previdenciária, FGTS, 13º salário, férias (que àquele tempo ainda não tinha o acréscimo de 1/3 vindo com a CR/88).

²⁹ Seria possível e mesmo necessário fazer uma contraposição entre os institutos do vale-transporte e das horas *in itinere* ou mesmo entre eles e a busca pela chamada tarifa zero, mas isso foge ao escopo deste texto ainda que não esteja descompassado das perguntas que devem ser feitas no processo de historização do direito no cotidiano.

³⁰ DUARTE, [S.l.], p. 36-43, LEITÃO, TUPINAMBÁ, 2005, p. 635-637; MARTINS, 2006, p. 186; CARVALHO, 1988 p. 77-79.

³¹ Nesse sentido, NASCIMENTO, 2008, p. 150-153.

Mas a história do instituto e o que ela representa ou simboliza para a história mais abrangente do direito do trabalho implica outros desdobramentos vertidos no costume que decorre sempre da incidência da lei.

As pequenas empresas preferem contratar quem mora nas vizinhanças e possa ir a pé, de bicicleta, o que também é preferível para o empregado que não terá o desconto de 6% em seu salário. Há empresas de ônibus que oferecem aos empregados a possibilidade de ir nos seus veículos, nem sempre os conduzindo diretamente aos lugares onde moram. O custo do não fornecimento ou da comprovação de fornecimento é normalmente muito alto, especialmente quando se trata de empregado doméstico em que a informalidade na emissão de recibos é uma característica. Para as diferentes categorias profissionais e econômicas uma situação peculiar sedimentou-se no passar do tempo, irrelevante do ponto de vista do conhecimento do direito como acontecimento que vai se fazendo.

Não se discute que o empregado deva receber de forma a garantir o seu sustento e sem que o valor recebido seja comprometido pelos custos do que ele gasta com transporte coletivo, especialmente quando se trata de emprego de mais baixa remuneração. O lamentável é o volume das contingências que não chegam ao campo de análise.

A principal manifestação do aluno-cobaia foi a igualdade dos textos, a redundância e a repetição deles, por mais qualificados que sejam (e são) no tratamento tradicional do fenômeno jurídico. Para a experiência de quem julga, a especificação é de que é muito raro encontrar neles uma solução pronta para a especificidade do caso a julgar. Na miscelânea da vivência contingencial do conflito, tem-se a necessidade de construir no imprevisto do caso e a frustração de não ter lugar para vaziar o muito da vivência dos institutos jurídicos que se perdem porque não se atribui a devida relevância nas escolhas formais.

O direito do trabalho viceja nos ofícios e na forma como vão se sedimentando neles os seus variados institutos. Essa história revolve-se na contingência e é essencial para o conhecimento do direito que vai se perfazendo na dinâmica problemática do cotidiano.

O pluralismo de fatores na formação do fenômeno normativo justifica a angústia na absorção das fontes para a história do direito. A complexidade da concreção do direito faz com que o diálogo com elas permeie a incerteza quanto às perguntas que podem ser feitas pela invisibilidade projetada quanto ao direito como acontecimento na rotina que vai além dos textos e das formas.

Não se trata de uma preocupação que atinja apenas os historiadores-intérpretes de hoje que se voltam para o horizonte de um passado antigo que pretendam decifrar. Trata-se de uma frustração dos viventes-intérpretes de hoje que não conseguem traduzir grande parte da experiência jurídica relevante e que, por isso, deixarão aos historiadores-intérpretes do futuro a tarefa de percorrer os vários itinerários em busca das passadas dos institutos jurídicos, reconhecendo-lhes (ou não) a face viva e as várias camadas que foram se agregando com o tempo à forma pura que, originalmente, fez deles o traçado em texto.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- CARVALHO, J. Antero de. *Revista de direito do trabalho*, Ano 13, maio-junho 1988, número 73, p. 77-79.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Niterói: Impetus, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Salário: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DUARTE, Juliana Bracks. *Algumas considerações sobre o vale-transporte eletrônico*. *Justiça do Trabalho*. [S.l.], v. 22, n. 260, p. 36-43.
- FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 38-39.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução histórica à história do direito*. 1. ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Ênnio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2003.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: 2005.
- KAUFMANN, Artur. *Analogia e "naturaleza de la cosa"*. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1976.
- KOSELLECK, Reinhart. *Os estratos do tempo: estudos sobre história*. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEITÃO, Ana Cláudia; TUPINAMBÁ, Carolina. Vales: a necessidade é a transportadora da invenção. *LTr - Suplemento Trabalhista*, v. 41, n. 143, p. 635-637, São Paulo, 2005.
- LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. A formação do juiz para a oralidade: relato, memória e pedagogia do direito não escrito. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Mauricio Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos. (Org.). *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 137-177.
- _____. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 76, p. 72-79, 2012.
- _____. O trabalho e a concreção do direito: a principiologia pela observação dos ofícios. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. (Org.). *Os pilares do direito do trabalho*. 1. ed. Porto Alegre: Lex Editora, 2013. p. 128-193.
- MARTINS, Melchíades Rodrigues. Vale-transporte: concessão em dinheiro - natureza jurídica. *LTr - Suplemento Trabalhista*. [S.l.], v. 42, n. 40, p. 186, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito e proteção*. São Paulo: LTr, 2008.
- VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história*. Trad. Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. Brasília: UnB, 1982.