

**INTERFACES DA GLOBALIZAÇÃO
ECONÔMICA NAS RELAÇÕES
JURÍDICAS TRABALHISTAS: DA
NECESSIDADE DE UMA NOVA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO
DESVIO PRODUTIVO**

Rennan Herbert Mustafá
Ana Flávia Mortati Vanzella
João Lauro Serpeloni

CAPÍTULO

13

1. Introdução

As diferentes maneiras pelas quais o ser humano organiza-se em sociedade trazem implicações de diversas vertentes, do ponto de vista particular e coletivo. Pensar a respeito destas organizações e suas peculiaridades é imprescindível não só à compreensão da realidade em que determinada coletividade se situa, como, também, nas consequências que determinadas estruturas podem gerar e, mais que isso, se ditas estruturas devem ser preservadas ou repensadas.

Para o fim específico deste estudo, escolheu-se perquirir como a globalização econômica modificou os cenários global e nacional, quais reflexos trouxe à organização dos Estados e, sobretudo, quais influxos passaram a ser experimentados em âmbito social e, mais estritamente, nas relações laborais. Assim, num primeiro instante, visa-se explanar as razões por trás da flexibilização e da precarização das relações trabalhistas, do ponto de vista político, social e jurídico, com base no fenômeno aventado.

Na sequência, delimitados os principais reflexos da globalização econômica no âmbito laboral, aborda-se a necessidade recorrer-se à hermenêutica jurídica como forma de evitar a perda de sentido de valores fundamentais à preservação do trabalho humano digno. Para tanto, elucidase a evolução da importância, das definições e das funções referentes à hermenêutica, a fim de situá-la em um novo contexto, a saber, o Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, justificada a necessidade de uma nova hermenêutica jurídica constitucional, busca-se questionar se esta traria, como consequência, a possibilidade de ampliar-se o reconhecimento das hipóteses de indenização na seara trabalhista, mais especificamente, nas situações em que o tempo de determinado trabalhador é comprometido de maneira contrária à sua vontade. Assim, aborda-se a Teoria do Desvio Produtivo, mediante o questionamento da aplicação desta ao Direito do Trabalho.

2. Dos influxos da globalização econômica nas relações jurídicas trabalhistas

A integralização do mercado, decorrente de um processo de superação de fronteiras burocráticas e geográficas pelos fluxos econômicos, fez emergir

uma reconfiguração no modo de produção capitalista, evidenciando, de forma veloz, um rompimento entre as atividades econômicas e a sua gênese social, em razão, fundamentalmente, da busca incessante pelo aumento da eficiência logística, mediante a tomada de decisões com fulcro em análises de indicadores econômicos e financeiros.¹²³

Com a consolidação do processo de globalização econômica, os Estados-nacionais defrontaram-se com uma certa incapacidade de resolver problemas derivados de negócios jurídicos transnacionais, dada a delimitação territorial das organizações políticas modernas, a qual assegura a existência de um sistema único e soberano de governo, ao mesmo tempo que limita o alcance dos instrumentos legais de regulação econômica em um mundo gradativamente mais “sem fronteiras”. Como leciona Luigi Ferrajoli, frente à economia contemporânea, o Estado se demonstrou “pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela” (FERRAJOLI, 2002, p. 51).

Torna-se, assim, inviável que um país aplique políticas sociais de forma isolada,¹²⁴ em consequência da hipermobilidade das atividades capitalistas, que permite a comparação dos custos das legislações nacionais e seus mecanismos de intervenção.¹²⁵ Ademais, a multiplicação de regras econômicas internacionais de autorregulação definidas pelo próprio mercado acentua a preferência dos agentes econômicos privados por um ambiente sem intervenções estatais. Diante disto, afasta-se do Estado o papel de principal agente econômico, do mesmo modo que se mitiga o seu monopólio do poder de regulação do mercado, em detrimento dos atores privados transnacionais¹²⁶ (BAPTISTA, 2019).

Há, portanto, um paradoxo de difícil resolução, no qual a inflação legislativa gera concomitantemente um aumento de ineficácia do próprio poder

123 - L. M. Luzio-dos-Santos esclarece que “a economia contemporânea revestiu-se de uma pretensa neutralidade, comum às ciências exatas, mas distante das ciências sociais, sua verdadeira gênese” (LUZIO-DOS-SANTOS, 2020, p. 15).

124 - Neste sentido, Rudá Ryuiti Furukita Baptista considera ser impraticável que um país institua políticas de cunho keynesianas de forma isolada em relação aos demais Estados (BAPTISTA, 2019). É mister destacar que a doutrina Keynesiana defende a intervenção do Estado na economia quando necessária. “O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir (...) eu entendo, portanto, que uma socialização ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada” (KEYNES, 1996, p. 345).

125 - Sobre o tema, Jürgen Habermas assevera que “a administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições de produção relevantes” (HABERMAS, 1995, p. 99).

126 - As empresas transnacionais representam o mais elevado estágio do processo de internacionalização da economia, atuando de forma a transpassar os limites fronteiriços, compondo-se por um complexo sistema de coordenação de empresas em diferentes países. Nas palavras de Peter Dicken, são “empresas que têm o poder de coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa” (DICKEN, 2000, p. 37).

regulatório estatal. Nesse contexto, José Eduardo Campos de Oliveira Faria considera que há um distanciamento entre a “atuação global dos mercados financeiros e a atuação doméstica dos órgãos públicos de supervisão e controle, a soberania estatal parece estar sendo diluída por um crescente fluxo de interdependências e espaços globalizados” (FARIA, 2013, p. 39).

Soma-se, ainda, a falta de recursos à disposição dos Estados, resultando em uma competição entre os próprios países para atrair investimentos privados internacionais. Segundo Kenichi Ohmae, “atualmente, mesmo eles têm de procurar auxílio na economia global e implementar as mudanças domésticas necessárias para atraí-lo” (OHMAE, 1999, p. 18). Fato que tem se agravado com o vertiginoso acúmulo de capital por empresas transnacionais, com faturamentos anuais que superam, por vezes, a somatória do resultado do Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países.

De modo geral, a flexibilização de legislações trabalhistas, sociais e ambientais são justificadas pelos governantes com base na necessidade de se alcançar um hipotético crescimento econômico. Porém, ressalva-se que o aumento do índice do Produto Interno Bruto (PIB) não ocasiona, necessariamente, o aumento do desenvolvimento econômico, sendo esse compreendido como a “construção de modelos que explicitem questões estruturais, como renda, distribuição dessa renda e evolução tecnológica” (BENFATTI, 2021, p. 21).

Consequentemente, origina-se uma crise de autonomia do modelo clássico do Estado moderno nacional – instituído, essencialmente, por sua soberania interna e externa –, o qual passa a sofrer interferências de empresas privadas, não democráticas, na elaboração e na condução de políticas públicas, invertendo-se, assim, a relação hierárquica entre Estado e economia.¹²⁷ Isto representa uma afronta aos princípios e regras constitucionais, especialmente nas relações de trabalho, em que os trabalhadores sofrem diretamente as consequências decorrentes da flexibilização de direitos, na tentativa de assegurar o nível competitivo almejado pelos Estados.

Nessa toada, Eros Roberto Grau aduz que o mero enfraquecimento do Estado sucede “(...) inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social” (GRAU, 1991, p. 56). Pois, uma das funções mais

127 - As interferências do mercado sobre o processo político provocam a “substituição do Estado pela lógica de mercado na ordenação social e econômica” (CALDEIRA; CENCI, 2018, p. 6). Como consequência, as diretrizes da “ordem econômica” (mundo do ser) passam a ser disciplinadas pela lógica do mercado e não mais pelos valores e objetivos constitucionais.

relevantes na ordem social é a desempenhada pela Constituição formal, ao estipular um sistema semântico ideologizado que fundamenta o modo de institucionalização do mundo capitalista. Logo, cabe ao Estado-nação, além da função de integração e modernização da economia interna, o papel de legitimar e de reprimir o sistema (GRAU, 1991).

Observa-se, assim, que o Direito positivo é instrumento essencial na unificação de uma sociedade complexa e economicamente fragmentada, separada por inúmeros grupos com interesses diversos, ao promover a transformação da luta social¹²⁸ (GRAU, 1991). Para Aristóteles, “ainda que valha a pena atingir esse fim (realização social) para um homem apenas, é mais admirável e mais divino atingi-lo para uma nação ou para cidades-estados” (ARISTÓTELES, 2015, p. 2). Sob a lógica capitalista, o trabalho visa a obtenção de riqueza, entretanto, em tese, não se trata do fim almejado, mas sim de meio para obtenção de outro bem, sendo, por isso, indispensável para a promoção da dignidade humana.

Contudo, mesmo com a promulgação de tratados internacionais e do reconhecimento de direitos trabalhistas pela Constituição da República de 1988, “a proteção e a efetiva realização dos direitos humanos são ainda consideradas um desafio no hodierno mundo do trabalho, diante das frequentes ocorrências de violação dos mesmos” (GOMES, 2018, p. 225).

A atenuação de direitos trabalhistas conquistados com muita luta social ocorre, dentre outros motivos, como reflexo dos efeitos da globalização, ao permitir que as empresas flexibilizem e fragmentem suas atividades produtivas, por meio do desenho de plantas industriais mais leves e enxutas (FARIA, 1997, p. 45). Com isto, os agentes privados possuem um extraordinário poder de barganha em desfavor dos governos nacionais, diante da possibilidade de realocarem suas atividades fabris em diferentes territórios do globo¹²⁹.

Essa tragédia tem sido propiciada, com mais frequência, por empresas transnacionais, sem afastar as médias e grandes empresas nacionais, que vêm terceirizando sua produção em busca da maximização de seus lucros e da insaciável acumulação de capital (GOMES, 2017, p. 22).

Constata-se, assim, uma progressiva tentativa de dissociação da

128 - Eros Roberto Grau assevera que a ordem pública econômica possui duas vertentes, sendo: a) de direção, ao determinar uma organização da economia nacional, e; b) de proteção, com a finalidade de proteger a parte economicamente mais fraca (GRAU, 1991).

129 - Outras características importantes da globalização econômica são: o desenvolvimento tecnológico associado à difusão de dados; a internacionalização da atividade empresarial e; a criação de um mercado global de integração de investimentos (BAPTISTA, 2019).

economia moderna de sua origem ética e a predileção pelo desenvolvimento de aspectos da *engenharia*. Decerto, a engenharia proporcionou inúmeros avanços nas atividades produtivas, resultando na maior eficiência em questões logísticas. No entanto, o que explicaria os reais problemas da forma individual e coletiva no mundo contemporâneo mesmo em situações de grande e crescente disponibilidade de alimentos? Nesse sentido, vale-se da indagação socrática de “como devemos viver?” (SEN, 2017).

Por esse motivo, Dinaura Godinho Pimentel Gomes defende a imprescindível necessidade de se preservar as conquistas dos trabalhadores, a fim de “disseminar e promover a prática de trabalho decente em plena sintonia com os direitos humanos e fundamentais, por meio de uma atuação de dimensão ética capaz de gerar transformações sociais (...)” (GOMES, 2017, p. 25).

A Constituição brasileira de 1988, denominada de Constituição Cidadã, proclama a supremacia da proteção aos direitos humanos (artigo 4º, II), assim como a garantia dos direitos sociais (artigos 6º, 7º e 8º). No mais, a dignidade humana é definida como fundamento da República (artigo 1º, III) e da Ordem Econômica (artigo 170).

Deste modo, em última instância, o Poder Judiciário tem a função essencial de aplicação das normas constitucionais, assegurando a prevalência dos direitos humanos e a exigibilidade plena desses direitos, em harmonia com o direito internacional. Trata-se de medida paliativa de redução dos efeitos negativos da globalização, como as desigualdades sociais e as dificuldades de acesso ao trabalho decente (GOMES, 2018, p. 277).

Neste contexto, pós globalização, a hermenêutica constitucional e o Estado democrático de Direito tornam-se instrumentos indispensáveis para a garantia e efetivação dos direitos humanos, em particular nas relações de trabalho, mediante a diminuição de desigualdades e a garantia do trabalho digno, uma vez que elevados a classificação de direitos humanos e refletidos perante o ordenamento jurídico dos Estados-partes.

3. Perspectivas da hermenêutica jurídica constitucional: um enfoque sobre o Direito do Trabalho

Como visto até então, a compreensão das mudanças engendradas pela globalização econômica é fundamental à percepção do contexto em que as relações jurídicas trabalhistas estão inseridas. Não é demais destacar que esta

intelecção deve ser associada, também, ao fato de que a modernidade, marcada pelo pluralismo de concepções, ideais e interesses antagônicos, levou “a um enorme relativismo dos sistemas de valores e da interpretação” (BERGER; LUCKMANN, 2004, p. 50).

As disfunções provocadas pelo relativismo assinalado estão não apenas na crise de sentido dele decorrente, como também na dificuldade que os indivíduos e a sociedade têm demonstrado de eleger e preservar determinados valores e interpretá-los adequadamente. Não raras vezes, esta questão tem sido descuidada, inclusive na seara trabalhista. Seja como for, é preciso ter-se em conta que o ataque feito pela modernidade à tradição não teve êxito em deslocar a vida do centro de prioridade que lhe é próprio. Em outro dizer, “a era moderna continuou a operar sob a premissa de que a vida, e não o mundo, é o bem supremo do homem” (ARENDT, 2005, p. 332).

Como consequência, mostra-se indispensável, para a preservação da própria vida e das nuances que lhe são inerentes – a exemplo das relações laborais –, assimilar como os valores galgados pela humanidade no decorrer da história devem preservados e, acima de tudo, compreendidos, a despeito das consequências da modernidade e da globalização. Noutras palavras, importa perquirir no que consistem, de fato, tais valores; quais são as suas razões de ser; como devem ser apreendidos e, especialmente, quais são as consequências de sua aplicação. Dita tarefa, a saber, a determinação de como tais valores operacionalizam-se em sociedade – especialmente no âmbito jurídico –, está atrelada, até mesmo, ao bom funcionamento da justiça, voltada ao consenso enquanto condição da paz judiciária (PERELMAN, 1996, p. 468).

Deste modo, recorrer à hermenêutica é imprescindível.

Com efeito, a origem da palavra hermenêutica remonta ao verbo grego *hermeneuein*, ligado, por sua vez, à mitologia antiga, ao fazer referência ao deus Hermes (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Referida figura mítica era o mensageiro responsável por intermediar deuses e homens, considerando a inacessibilidade destes à linguagem utilizada por aqueles (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Dito de outro modo, era o deus Hermes quem unia a esfera divino-transcendental à civilização humana, ao transmitir, de maneira cognoscível, a mensagem da primeira à segunda. Por este motivo, Tércio Sampaio Ferraz Junior elucida que a dogmática hermenêutica é responsável por fazer a lei falar (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Para Ricardo Maurício Freire Soares, a hermenêutica, se levada à sua raiz grega mais antiga, denota o processo de compreensão, de se tornar algo compreensível, “especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem” (SOARES, 2019, p. 19).

Importante salientar que a hermenêutica, em sentido estrito, não é sinônimo de interpretação. Interpretar, no âmbito jurídico, consiste na “compreensão e reprodução intelectual de uma dada realidade conceitual ou normativa” (DELGADO, 2019, p. 261). A hermenêutica, a seu turno, representa o conjunto de princípios, teorias e métodos que informam e orientam referido processo de apreensão e reprodução intelectual do Direito. Significa dizer, “a hermenêutica apreende e fixa os critérios que devem reger a interpretação – que os absorve e concretiza na dinâmica interpretativa” (DELGADO, 2019, p. 261).

De acordo com Carlos Maximiliano, a interpretação consiste, na verdade, na aplicação da hermenêutica, porquanto cabe a esta elucidar e fixar os princípios que regerão a interpretação. Em suas palavras, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2017, p. 15). Neste contexto, a importância da hermenêutica e da interpretação reside na necessidade de extrair o real sentido, alcance e extensão das normas, considerando que estas são, em regra, formuladas em termos gerais e amplos, não adentrando às especificidades do caso concreto e dos fatos sociais.

A hermenêutica orienta, pois, o jurista na interpretação dos textos legais, a fim de alcançar-se o correto significado destes em consonância com a *voluntas legis* e a *voluntas legislatoris* (LEITE, 2020, p. 135). Este exercício, isto é, a descoberta do real sentido e do verdadeiro alcance dos enunciados normativos, apenas é alcançado se inspirado “nos princípios e valores que integram dado ordenamento jurídico” (LEITE, 2020, p. 140).

Com lastro nisto, importa destacar a existência das diferentes propostas (ou sistemas) de interpretação de textos normativos que a evolução da hermenêutica jurídica aponta. A depender do sistema adotado, ter-se-á uma sistematização mais próxima ou mais distante da mera reprodução da norma ou, em contrapartida, da efetiva interpretação do intérprete. Tanto é assim que os primeiros sistemas exegéticos de interpretação – do que são expoentes a Escola da Hermenêutica Tradicional e a Escola Francesa de Exegese – “procuram reduzir ao mínimo o campo de atuação do intérprete, vinculando-o a uma extrema fidelidade ao texto formal da lei” (DELGADO, 2019, p. 271). Tais sistemas foram seguidos por aqueles que buscaram maior equilíbrio entre a reprodução da norma e a adequação desta à realidade, o que culminou, mais tarde, na ampliação do papel do intérprete.

Inspirada na cultura jurídica romana, num contexto em que não se notava número expressivo de conceitos jurídicos abstratos, a Hermenêutica Tradicional destacava-se por orientar a atividade interpretativa com suporte

naquilo que efetivamente se encontrava-se nos textos normativos. O intérprete restringia-se ao conhecimento literal da linguagem (DELGADO, 2019, p. 271). Esta conduta justificou-se, há época, pela suposta consistência teórica das normas vigentes, tidas, por este motivo, como suficientes e acabadas.

Mais tarde, as codificações, a exemplo do Código Civil Napoleônico, de 1804, fizeram despontar a Escola Exegética Francesa. Dita corrente baseava-se na concepção de que “o processo interpretativo deveria consistir, exclusivamente, na explicação da lei escrita”, motivo pelo qual “a lei seria fonte exclusiva do Direito, estando insculpida em sua palavra a soberania legislativa” (DELGADO, 2019, p. 271). Não se questionava, assim, os fins da norma, tampouco critérios externos ou abstratos. As construções silogísticas eram tidas por suficientes à aplicação da norma.

O jurista Friedrich Carl von Savigny foi responsável por formular as concepções da Escola Histórico Evolutiva, as quais se contrapunham à Escola Exegética Francesa. Agora, cumpria ao intérprete compreender o texto normativo levando em conta a vontade do legislador, a qual, todavia, deveria ser apreendida “segundo o momento histórico vivenciado no contexto da interpretação” (DELGADO, 2019, p. 272).

As ideias deste sistema exegético foram aprimoradas pela Escola da Interpretação Científica, de acordo com a qual haveria uma atualização inevitável e constante do sentido lançado na norma jurídica originalmente. Para os estudiosos desta vertente, “a interpretação deve se dobrar às exigências da dinâmica da vida: a norma interpretada deve ser moldada aos fatos e circunstâncias novas” (DELGADO, 2019, p. 272).

No entanto, foi com a Escola da Livre Investigação – também referenciada como Escola do Direito Livre – que a intensificação do papel do intérprete no processo interpretativo ganhou destaque. Assente nisto, a ampliação da dimensão adaptativa da norma ganhou destaque sobre a mera reprodução desta. Por conseguinte, o Direito passa a ser reconhecido como “um fenômeno em constante elaboração” (DELGADO, 2019, p. 272).

Para Maurício Godinho Delgado, entretanto, tanto as vertentes que defendem a assimilação literal da norma, como aquelas que dão significativa importância ao papel do intérprete dissociando-o do parâmetro normativo original, são insuficientes à compreensão da complexidade jurídica (DELGADO, 2019, p. 272). É que, para o jurista em questão, as dimensões da reprodução e adequação da norma, embora pareçam, a princípio, distintas, devem ser concatenadas no processo interpretativo. Em seu dizer:

Mitigar-se uma dessas dimensões em benefício da outra certamente acentuará resultados normativos ora mais conservadores, ora mais inovadores, mas de certo modo sempre questionáveis. É que tal desequilíbrio entre as duas dimensões combinadas compromete que se apreenda, com justeza e precisão, tanto o caráter essencial do Direito em uma sociedade democrática — enquanto critério mais igualitário e universal de aferição de condutas —, como o papel decisivo do Direito nessa sociedade — enquanto instrumento de generalização e democratização social (DELGADO, 2019, p. 273).

Do ponto de vista filosófico, destaca-se a acepção da hermenêutica feita por Friedrich Schleiermacher no século XIX, segundo quem o discernimento de determinado texto deve ser feita com base na relação deste com seu autor, com o ser humano concreto (SOARES, 2019, p. 24). Por esta razão, a leitura implica no diálogo com o respectivo autor, visando o reencontro da intenção originária deste (SOARES, 2019, p. 24). A interpretação literal — ou gramatical — é relegada a um segundo plano, dando-se lugar à denominada interpretação psicológica, feita a partir do mapeamento das conjunturas que influenciaram a escrita.

Distanciando-se do denominado “eu transcendental” dos idealistas alemães, Wilhelm Dilthey situa a hermenêutica num processo histórico, “propondo a explicação e a compreensão (...) como modos de cognição da natureza e da realidade sociocultural” (SOARES, 2019, p. 25), atribuindo-lhe métodos próprios da ciência natural.

Mais tarde, Martin Heidegger associa a hermenêutica à concepção de existência, aproximando-a das ciências humanas. Para este estudioso, a compreensão é “um prolongamento essencial da existência humana” (SOARES, 2019, p. 25), de modo que a conciliação das diversas dimensões da temporalidade do ser — passado, presente e futuro — são necessárias às experiências da hermenêutica.

Hans Georg Gadamer, em complemento, defende que a interpretação se traduz na expressão de uma situação do ser humano, não sendo simples método (SOARES, 2019, p. 29). Para esta vertente, “o ato de compreender é sempre uma fusão de horizontes” (SOARES, 2019, p. 29). Como consequência:

(...) o significado emerge à medida que o texto e o intérprete envolvem-se na dialética de um permanente diálogo, norteados pela compreensão prévia que o sujeito cognoscente já possui do objeto — a chamada pré compreensão. É esta interação hermenêutica que permite ao intérprete mergulhar no oceano linguístico do objeto hermenêutico, aproveitando-se da abertura interpretativa de uma dada obra (SOARES, 2019, p. 30).

A contribuição de Paul Ricoeur se dá, por sua vez, por meio da hermenêutica estruturalista-fenomenológica. Para o filósofo, o significado está além do conteúdo manifesto do texto. A acepção do significado depende da reflexão daquilo que está por trás da linguagem utilizada. A verdade estaria, assim, no desvelamento do que se quis dizer, mas não só. Importa, também, que o texto seja compreendido com suporte em uma explicação possível (SOARES, 2019, p. 31) .

Com base nisto, Ricardo Maurício Freire Soares explica que o papel da interpretação consiste em “reconstruir o duplo trabalho do texto através do círculo ou arco hermenêutico: no âmbito da dinâmica interna que preside à estruturação da obra (sentido) e no plano do poder que tem esta obra para se projetar fora de si mesma, gerando um mundo (a referência)” (SOARES, 2019, p. 31).

Malgrado as diferentes acepções históricas e filosóficas apontadas, nota-se que a hermenêutica está associada ao conhecimento dos textos normativos a partir de um determinado contexto. Desta maneira, não se vislumbra a possibilidade de compreender o Direito ou interpretar as normas dele decorrentes sem que se reconstrua ou se dê significado ao texto com lastro numa estrutura de valores delimitada pelo ordenamento jurídico.

Não é outra a realidade da interpretação das normas próprias do Direito do Trabalho. Sim, porque também a seara trabalhista se sujeita “às linhas básicas que a hermenêutica jurídica traça para qualquer processo interpretativo do fenômeno do Direito” (DELGADO, 2019, p. 273). Por conseguinte, e dada às especificidades que permeiam a esfera laboral, defende-se que o processo interpretativo no Direito do Trabalho deve ter um enfoque valorativo, mediante a prevalência de valores e princípios que lhe são essenciais. A eleição destes valores e princípios – mediante a superação do relativismo outrora destacado – é, pois, indispensável e determinante às soluções interpretativas que serão adotadas nos casos concretos, sobretudo no contexto da pós globalização.

Hodiernamente, esta orientação deve considerar o fenômeno da constitucionalização do direito privado – civil e trabalhista –, também responsável por fundamentar uma nova hermenêutica do Direito e, sobretudo, do Direito do Trabalho. Com efeito, os princípios da liberdade – própria do Estado Liberal – e da igualdade real – própria do Estado Social – passam a ser insuficientes para nortear a interpretação a aplicação dos contratos trabalhistas (LEITE, 2020, p. 500). Tais princípios, agora inseridos em um Estado Democrático de Direito, devem ser compreendidos segundo a força normativa da Constituição.

Em outras palavras, a hermenêutica das relações laborais não deve ser orientada ora pela liberdade, ora pela igualdade, tão somente. O que se mostra imperativo, na verdade, é que a compreensão se dê, também, com base nos princípios fundamentais constantes da Constituição, a exemplo da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do valor social do trabalho, a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) e da solidariedade (artigo 3º, inciso I). Tanto é assim, que são estes os princípios que compõem o sistema constitucional da Ordem Econômica, consoante artigo 170, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme assinalado alhures.

Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 908) aduz:

A função interpretativa exige uma nova hermenêutica constitucional, de modo que, havendo conflito entre as interpretações possíveis de uma dada norma jurídica, o intérprete deve adotar a interpretação que se coadune com a gênese dos princípios fundamentais. Daí a adoção da moderna técnica da interpretação conforme a Constituição.

Não é demais ressaltar que, para além da importância de a nova hermenêutica estar adstrita aos valores constitucionais, também é fundamental que dito processo de interpretação conte com a participação dos agentes vinculados ao poder público, sobretudo do Poder Judiciário, mas não só. Antes, importa que os destinatários das normas participem ativamente deste processo, numa sociedade aberta, na qual a democracia galga ainda mais espaço (HABERLE, 2022, p. 33).

Para Peter Haberle (2022, p. 33), na sociedade aberta, a democracia “se devolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e na práxis cotidiana, especialmente na relação de direitos fundamentais”. O desenvolvimento, pois, da democracia e da nova hermenêutica constitucional (e trabalhista) depende da abertura às controvérsias, às possibilidades e às necessidades da realidade. A solução destas, no entanto, reclama a implosão do modo de pensar linear que se tinha até outrora, mediante a abertura para o desenvolvimento interpretativo a partir dos valores e princípios constitucionais, sem os quais o ser humano sequer se realiza de maneira digna, sobretudo na esfera laboral.

4. Os reflexos da nova hermenêutica constitucional e a (im) possibilidade de aplicação da Teoria do Desvio Produtivo às relações laborais

A partir do que foi exposto até então, apurou-se que as transformações engendradas pela globalização econômica, notadamente pela superação das barreiras físicas outrora existente entre os Estados, favoreceram a precarização das relações de trabalho. Este fator, associado aos reflexos da modernidade, implicaram a necessidade de reavaliar o contexto em que a esfera laboral se encontra inserida, a fim de preservar-se o ser humano enquanto trabalhador; mas, para além disto, enquanto pessoa, dotada de dignidade e direitos cuja tutela revela-se imprescindível a preservação desta condição.

Para tanto, justificou-se a utilização da hermenêutica jurídica como instrumento capaz de extrair o real sentido e significado dos valores e princípios constantes do texto constitucional e das demais normas do ordenamento jurídico e, em consequência, daquilo que será considerado na solução de casos concretos. Importa, agora, examinar de maneira mais específica uma das situações que se circunscreve às relações trabalhistas, a fim de verificar sua compatibilidade com a nova hermenêutica apontada.

Com efeito, é certo dizer que os direitos trabalhistas são, em regra, irrenunciáveis. Isto porque possuem caráter fundamental, sendo assegurados até mesmo internacionalmente, como no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos. De acordo com o artigo 23 do referido documento:

Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho (ONU, 1948).

Sendo assim, podemos concluir que a principal finalidade dos direitos trabalhistas é a manutenção do trabalho digno e a qualidade de vida do trabalhador. Desta forma, qualquer infração que cause danos ao trabalhador, em seu trabalho ou vida privada, enseja reparação - como ocorre com outros danos tutelados pelo ordenamento jurídico nas demais áreas - mas, principalmente, por se tratar de supressão de direitos considerados como fundamentais.

Assim, mesmo aqueles danos causados de maneira extrapatrimonial ao trabalhador, ensejam indenização por parte de quem os causou. Nesta toada, toda reparação exige um dano a determinado objeto tutelado pelo

direito. Ou seja, antes de falarmos sobre compensação, devemos definir qual o objeto será tutelado.

A tutela de bens extrapatrimoniais no Brasil é relativamente recente. Como se sabe, por muito tempo perdurou o pensamento de que somente danos causados a bens de valor certo (patrimoniais) poderiam ser indenizados, pois seus valores eram certos ou fáceis de serem mensurados.

Contudo, com o tempo, introduziu-se o conceito de que os bens que o indivíduo possui extrapolam a simples matéria, incluindo, portanto, aqueles que não são palpáveis, mas são essenciais para a vida humana.

Dentre estes bens existe um que carece de especial amparo legislativo. Por este motivo, sua tutela vem ganhando forma e presença neste cenário jurídico. Trata-se do tempo. O tempo é, sem dúvida alguma, um dos bens nucleares pertencentes ao indivíduo, já que, além de possuir caráter fundamental, também é irrecuperável.

Para o Direito do Trabalho, o tempo constitui, ainda, a ideia de ócio do trabalhador, que em sentido amplo, é a cessação do trabalho, ou melhor dizendo, sua folga. Este ócio é constituído por todo o tempo em que uma pessoa não esteja trabalhando, competindo a cada indivíduo, portanto, decidir como e quanto dele gastar em cada atividade, de acordo com suas necessidades e vontades.

Neste aspecto, se o tempo é particular, a cada indivíduo compete o poder de escolha da melhor maneira de aplicá-lo. Assim, pode-se concluir que o tempo é um bem consideravelmente precioso, pois uma vez perdido, não se pode recuperá-lo. A partir disto, Marcos Dessaune discorre:

(...) o tempo total de vida de cada pessoa é um bem finito individual; é o capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor segundo a própria consciência (DESSAUNE, 2017, p. 179).

Com base nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que o tempo está inteiramente ligado à vida do indivíduo, porque compete a ele escolher onde e como gastá-lo. Escolha esta que é subjetiva ao ser humano, fazendo parte, então, das livres escolhas que permeiam sua vida privada. Por conseguinte, fazer com que alguém desperdice tão precioso bem, iguala-se a violar sua vida privada.

A visão de que o tempo é um bem que engloba a vida privada do ser humano pode ser tida como uma interpretação extensiva do contido no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, ao mencionar:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Diante desta questão, pergunta-se: se o tempo é um bem, irrecuperável, quando por conduta ilegal de outrem, acaba-se tendo que desperdiçá-lo em outra atividade que não a da vontade de determinado indivíduo, este deve ser recompensado, assim como seria com qualquer outro bem que lhe fosse suprimido?

Com a já mencionada crescente valorização doutrinária do tempo e o reconhecimento de sua escassez, adveio a necessidade da criação de uma modalidade indenizatória capaz de compensar os danos causados a esse bem irrecuperável, com a finalidade de amenizar o prejuízo suportado pelos indivíduos vítimas dessas situações em razão de atos omissivos ou comissivos de outrem.

A solução para essa problemática pode ser encontrada na Teoria do Desvio Produtivo, desenvolvida pelo jurista Marcos Dessaune, a qual é constatada quando:

O consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável (DESSAUNE, 2011).

A teoria em referência, como resultado da crescente valorização do tempo na doutrina civilista e consumerista, considera o tempo como bem fundamental. Devido a isto, dito tempo pode ser revertido em prol de finalidades materiais ou imateriais, da maneira pela qual o indivíduo – dono deste tempo – preferir. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano:

É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social? Em situações de comprovada gravidade,

pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil (GAGLIANO, 2013).

Então, a teoria ora examinada busca defender que as condutas que façam o indivíduo perder parte de seu tempo, ou ainda desviar o seu aproveitamento para a realização de uma outra atividade, que se fez necessária devido a uma negligência ou serviço mal prestado da outra parte, ensejem indenização pecuniária, visto que a recuperação, de fato, do tempo desprendido, não poderá ser alcançada.

Vale, ainda, ressaltar que, no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (BRASILCON), a seguinte tese, formulada pela jurista Maria Aparecida Dutra Bastos, foi aprovada: “O reconhecimento social do tempo perdido pelo consumidor como um novo dano a ser indenizado e a rasa tutela do tempo como bem jurídico a ser protegido” (BASTOS, 2018, p. 195).

Segundo Marcos Dessaune, a responsabilização pela perda do tempo seria objetiva (DESSAUNE, 2011). Isso implica dizer que o principal fator a ser levado em consideração será o nexo causal. Ao lado disso, o autor elenca alguns outros requisitos essenciais para que possa ser caracterizado o desvio produtivo.

Com base nisto, as características essenciais do desvio produtivo são: a) o consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, fazendo com que o mal atendimento do fornecedor cause dano ao seu ócio; b) a esquiva do fornecedor em se responsabilizar pelo problema na relação de consumo; c) o desprendimento de tempo vital do consumidor, pelo adiamento ou supressão das suas atividades existenciais planejadas ou desejadas, desviando seu tempo para deveres e custos causados pelo fornecedor; e d) o nexo de causalidade entre a negligência do fornecedor e os deveres e custos assumidos pelo consumidor.

Com isto, presentes estes requisitos essenciais, tem-se que o consumidor do produto ou serviço sofreu um dano ao seu tempo útil que guarda total relação com a falta de cumprimento dos preceitos legais pelo fornecedor e, por conseguinte, merece ser compensado por estes danos.

Vislumbra-se ainda que, segundo a jurisprudência atual, essa teoria já sofre frequente aplicação, sobretudo na esfera consumerista, valorizando o tempo dos consumidores ou contratantes de determinados produtos ou serviços, reconhecendo a utilidade temporal e a responsabilização pela indenização diante da perda ou desvio do ócio.

Mas, afinal, esta teoria poderá somente ser aplicada ao direito

do consumidor? Por óbvio que não, isto porque até mesmo o Direito do Consumidor possui inúmeras semelhanças com outras áreas do direito. Dentre elas, temos o Direito do Trabalho. A semelhança mais profunda entre estes ramos do direito, se encontra na relação fornecedor-consumidor e empregador-empregado, onde, tanto consumidor quanto trabalhador, são hipossuficientes com relação às outras partes das relações.

Ainda, observamos que a própria Consolidação das Leis do Trabalho prevê, atualmente, a possibilidade de indenização decorrente de atos omissivos ou comissivos do empregador, sejam eles de qualquer espécie, sobretudo os que causem danos extrapatrimoniais ao empregado, em seus artigos 223-A e seguintes.

Desta maneira, do mesmo modo que o fornecedor, quando faltar com suas obrigações, fazendo com que o consumidor perca tempo resolvendo um problema por ele criado ou até mesmo ingressando em juízo para reaver direitos – que deveriam ser cumpridos pelo fornecedor – seja indenizado, o trabalhador, nos casos onde o empregador, por ato omissivo ou comissivo, deixar de realizar os pagamentos dos encargos trabalhistas e previdenciários, suas verbas rescisórias ou até mesmo negligenciar a devida anotação em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) a que fazia *jus*, também possa pleitear indenização, para compensar o tempo perdido, com fundamento na “Teoria do Desvio Produtivo”.

Vale salientar que, nestes casos, deve-se fazer presente o requisito principal da aplicação dessa teoria (dada sua responsabilização objetiva e *in re ipsa*), o nexo de causalidade entre a omissão ou comissão do empregador que ensejou a perda do tempo útil do trabalhador, pois caso tivesse realizado os pagamentos de maneira correta, assim como as devidas anotações na CTPS de seu empregado, este não teria que despender tempo para reaver seus direitos e garantias que deveriam anteriormente terem sido cumpridos.

Deste modo, calçado no exercício da nova hermenêutica constitucional, pode-se concluir que o trabalhador, assim como o consumidor – apesar de não conseguir recuperar o tempo perdido, devido a inalcançabilidade do *status quo ante* desse objeto tutelado – tem direito a ser ressarcido pelo tempo que poderia estar utilizando em outras atividades mais produtivas ou de seu agrado, porém teve de gastá-lo para buscar direitos que foram infringidos por meio do descumprimento dos deveres do empregador/fornecedor.

5. Conclusão

Como visto, a reconfiguração da organização da vida em sociedade, mediante o fenômeno da globalização econômica, trouxe consequências significativas ao Estado e aos indivíduos que dele fazem parte, porquanto inseridos em uma realidade não mais delimitada pelas fronteiras burocráticas, econômicas, linguísticas, culturais e sociais de outrora. Dentre tais consequências, destacou-se a flexibilização e a precarização das relações trabalhistas, dado – entre outros fatores – a multiplicação de regras econômicas internacionais de autorregulação definidas pelo mercado.

Neste contexto, contudo, apontou-se que o Direito positivo se revela instrumento essencial à unificação de uma sociedade complexa e economicamente fragmentada. Por esse motivo, demonstrou-se que pensar o verdadeiro sentido e real significado das normas jurídicas é de suma importância. Referida tarefa, qual seja, buscar quais são os princípios e o alcance que estão por detrás de uma determinada norma depende, inexoravelmente, da hermenêutica jurídica.

A hermenêutica, concebida como o processo de apreensão e reprodução intelectual do Direito, deve orientar-se por valores constitucionais voltados à preservação da dignidade do ser humano. Do contrário, o indivíduo sequer é tutelado ou mesmo subsiste em suas mais variadas vertentes e potencialidades. Importa, pois, devolver uma nova hermenêutica, lastreada na Constituição, mediante o enaltecimento dos valores, princípios e objetivos que dela fazem parte, a exemplo do valor social do trabalho (artigo 1º, inciso IV), da justiça e da solidariedade (artigo 3º, inciso I).

Os desdobramentos da nova hermenêutica constitucional, própria de um Estado Democrático de Direito, se fazem sentir em diversas nuances, mas sobretudo nas relações trabalhistas. E isto, não por acaso. É nas relações laborais que o ser humano busca garantir sua subsistência, mas também realizar-se do ponto de vista intelectual e profissional. E, justamente por este motivo, defendeu-se a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo, própria do direito consumerista, também à esfera trabalhista, como forma de preservar alguns dos fatores mais caros ao ser humano: o tempo.

Referências:

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Roberto Raposo (Trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Luciano Ferreira de Souza (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2015.

BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. **A cooperação internacional e o tratamento especial e diferenciado no âmbito da integração econômica: possíveis soluções de assimetrias decorrentes da globalização econômica**. 2. ed. Londrina: Thoth, 2019.

BASTOS, Maria Aparecida Dutra. A responsabilidade civil decorrente da perda do tempo no contexto dos chamados “novos danos” e a necessidade de categorização do dano temporal. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. **Dano Temporal: o tempo como valor jurídico**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 195-216.

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito à inovação**. Curitiba: CRV, 2021.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. Edgar Orth (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

CALDEIRA, Túlio Santos; CENCI, Elve Miguel. As cinco atitudes do Estado no combate à corrupção no mundo pós-nacional e na economia globalizada. In: CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo. MESSA; Ana Flávia. **Direito Negocial & corrupção no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018, v. 1, p. 1-34.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2.

ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DICKEN, Peter. **Mudança global: mapeando as novas fronteiras da economia mundial**. 5. ed. Teresa Cristina Feliz de Souza (Trad.). Helio Henkin (Trad.). São Paulo: Bookman, 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão**. Estudos Avançados. USP, v. 11, p. 43-53, 1997.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O direito e a crise financeira**. Julgar. Lisboa: Coimbra Editora, n. 20, p. 39-50, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/05/039-050-Direito-e-crise-financeira.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Carlo Coccioli (Trad.); Márcia Lauria Filho (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925>. Acesso em: 28 mar. 2022.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A internacionalização do Direito do Trabalho Decente In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, v. 1. p. 29-40.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos humanos e fundamentais sociais em face do retrocesso civilizatório espelhado na reforma trabalhista**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 26, p. 221-247, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2022.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-nação Europeu frente aos desafios da**

globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Antonio Sérgio Rocha (Trad.). São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 43, nov. 1995.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Mário R. da Cruz (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUZIO-DOS-SANTOS, Luís Miguel. **Ética e democracia econômica: caminhos para a socialização da economia.** São Paulo: Ideias & Letras, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OHMAE, Kenich. **O fim do Estado-nação.** Ivo Korytowski (Trad.). Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Publifolha, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 28 mar. 2022.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Maria Ermantina Galvão (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia.** Laura Teixeira Motta (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.